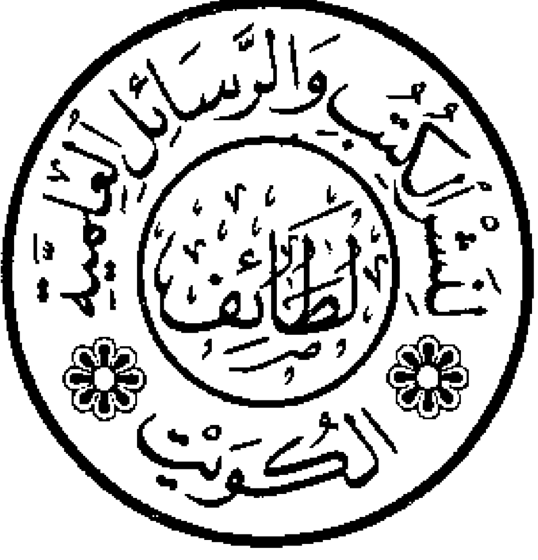
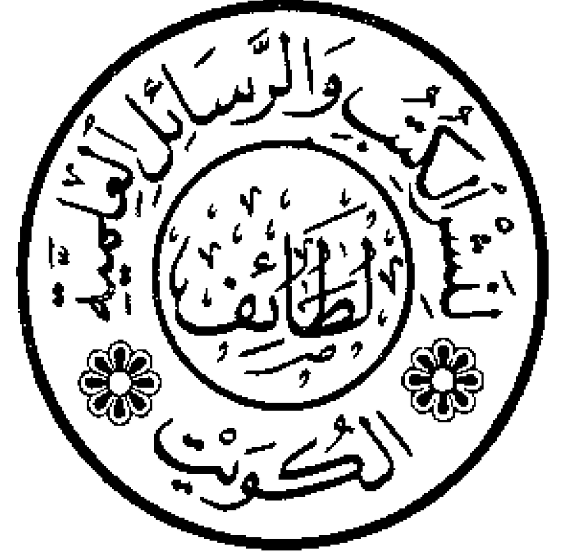




لطائف
لنشر الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت

شرح الحارثي على المقنع

تأليف

الإمام العلامة مسعود بن أحمد الحارثي

(٦٥٢ - ٧١١ هـ)

رحمه الله تعالى

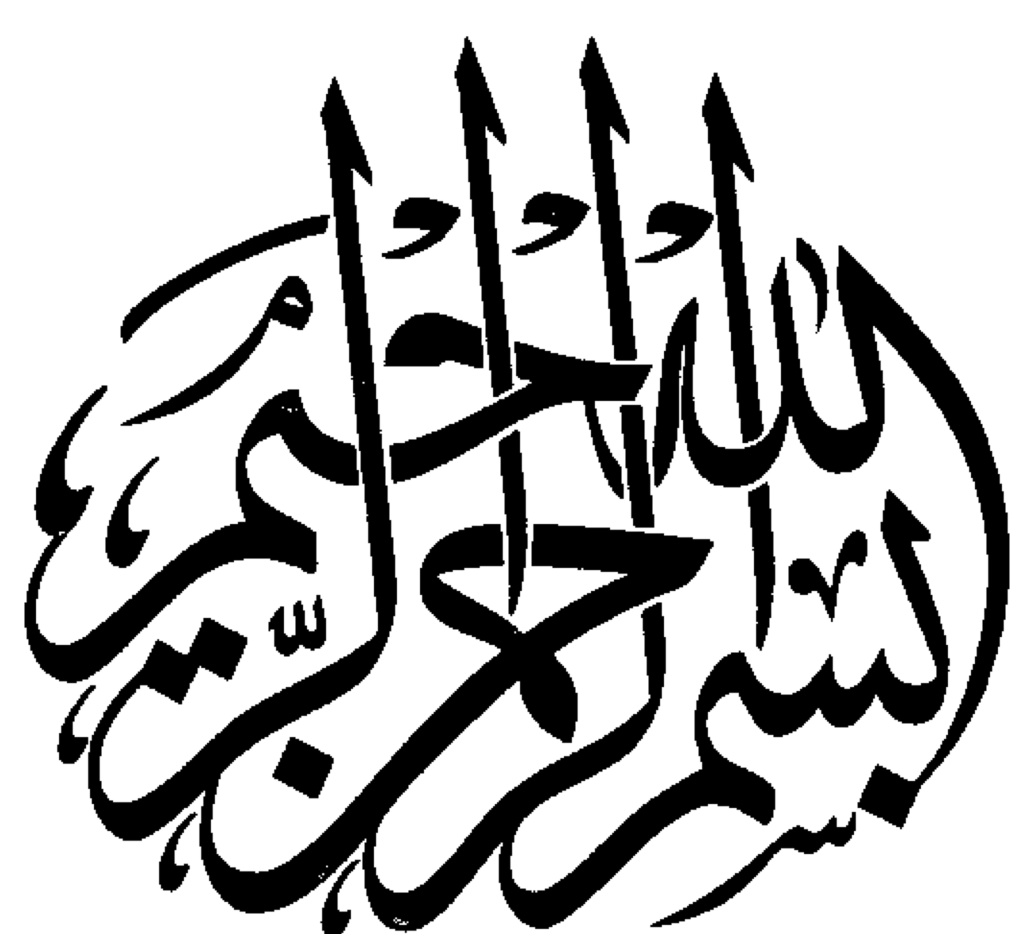
(من قوله: المسألة الرابعة «عفا أحدهما - أعني الشريك والمشتري - عن نصيبه»
إلى نهاية الشفعة)

تحقيق ودراسة

سميرة بنت سليم بن سعد الجهني

المجلد الخامس




بسم الله الرحمن الرحيم

أصل هذا الكتاب رسالة جامعية قُدِّمت استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير، تخصص الفقه وأصوله بكلية التربية للبنات بمكة المكرمة قسم الدراسات الإسلامية

شرح الحارثي على المقنع

٥

الطبعة الأولى
١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م

لطائف
لنشر الكتب والرسائل العلمية
لصاحبها د. وليد بن عبد الله بن عبد العزيز المنيس
دولة الكويت - الشامية - صندوق بريد ١٢٢٥٧ الرمز البريدي ٧١٥٦٣



الكويت: شارع الصحافة - مقابل مطابع الرأي العام التجارية
هاتف: ٢٤٨١٩٠٣٧ - ٢٤٨٤٤٧٤٣ - فاكس: ٢٤٨٣٨٤٩٥
الكويت - الخالدية - ص.ب: ١٧٠١٢ - الرمز البريدي: ٧٢٤٥١
فرع القاهرة: الأزهر - شارع البيطار - خلف جامع الأزهر
ت/ ٠٠٢٠١٢٦٣٠٤٠٧٥ - ٠٠٢٠٢٢٤٩٩٨٣٥٦
Website: www.gheras.com
E-Mail: info@gheras.com

المقدمـــة

الحمد لله نحمده ونستعينه ونستهديه ونستغفره ونتوب إليه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إلـٰه إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم.

أما بعـد:

فإن التشريع الإسلامي شامل نظم الحياة المختلفة، مهيمن على ما سبقه من شرائع وحاكم عليها. قال تعالى: ﴿وَأَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلْكِتَٰبَ بِٱلْحَقِّ مُصَدِّقًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ ٱلْكِتَٰبِ وَمُهَيْمِنًا عَلَيْهِ﴾ [المائدة: ٤٨].

وقـال تـعـالـى: ﴿شَرَعَ لَكُم مِّنَ ٱلدِّينِ مَا وَصَّىٰ بِهِۦ نُوحًا وَٱلَّذِىٓ أَوْحَيْنَآ إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِۦٓ إِبْرَٰهِيمَ وَمُوسَىٰ وَعِيسَىٰٓ أَنْ أَقِيمُوا۟ ٱلدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا۟ فِيهِ﴾ [الشورى: ١٣].

وقـال تـعـالـى: ﴿ثُمَّ جَعَلْنَٰكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٍ مِّنَ ٱلْأَمْرِ فَٱتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَآءَ ٱلَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ ﴿١٨﴾﴾ [الجاثية: ١٨].

ولما كان علم الفقه هو المنهج الشرعي للتعرف على حكم الله ـ تعالى ـ، فقد هيأ الله ـ تعالى ـ لهذه الأمة أئمة أجلاء ضرب كل منهم في هذا العلم بسهم بارع.

ثم جاء المتأخرون فأكملوا هذه المسيرة ما بين مؤلف للمتون وبين شارح ومختصر ومبين لغريبها ومخرج لأحاديثها، وقد خلف هؤلاء الأئمة الأجلاء وراءهم ثروة علمية ضخمة أفادت منها الإنسانية على مر العصور ولا زالت حتى اليوم.

ورغم أهمية تلك الثروة العلمية إلا أن كثيراً منها لم ير النور وظل حبيس المكتبات مطوياً في بطون المخطوطات، عرضة للتلف والضياع، وحرمان المسلمين من الانتفاع به.

وإسهاماً من الباحثة في إخراج هذه الكنوز الثمينة إلى النور، فقد عثرت على شرح قطعة من متن نفيس ذاع صيته، وهو كتاب «المقنع» لموفق الدين بن قدامة المقدسي(١)، «من أشهر المتون» التي ألفت في مذهب الإمام أحمد بعد مختصر الخرقي، تشتمل هذه القطعة على «كتاب العارية، والغصب، والشفعة».

هذا الشرح للفقيه الحافظ المحدث القاضي سعد الدين مسعود بن أحمد الحارثي المتوفى سنة (٧١١هـ) وقد اخترت جزءاً من هذا الشرح لأقوم بتحقيقه وتقديمه إلى كلية التربية بمكة المكرمة ـ الأقسام الأدبية ـ ضمن متطلبات الحصول على درجة «الماجستير» وهو تتمة لكتاب الشفعة، يبدأ من قول المصنف: المسألة الرابعة: «عفا أحدهما؛ أعني: الشريك والمشتري عن نصيبه» إلى نهاية باب الشفعة.

○ أسباب اختيار الموضوع:

والأسباب التي دعتني لاختيار هذا الجزء من المخطوط ـ لدراسته وتحقيقه ـ عديدة يمكن أن أوجزها في النقاط التالية:

١ ـ منزلة المؤلف العلمية: فقد أثنى عليه كثير من العلماء منهم الذهبي الذي قال عنه: «كان فقيهاً، ناظراً مفتياً عالماً بالحديث وفنونه، حسن الكلام عليه وعلى الأسماء، ذا حظٍ من عربية وأصول».

٢ ـ قيمة الكتاب العلمية: حيث يعتبر هذا الشرح من كتب الفقه

---

(١) هو: موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، تفقه على مذهب الإمام أحمد، أفتى وناظر، كان زاهداً ورعاً متبعاً للسلف، من مؤلفاته: «المغني»، «المقنع»، توفي سنة (٦٢٠هـ). انظر: شذرات الذهب لابن العماد الحنبلي (٥/ ٨٨ ـ ٩١).

المقارن، لعرضه أقوال المذاهب الأخرى في كثير من مسائله، واعتماد من جاء بعده من الفقهاء عليه.

٣ ـ أهمية المتن الذي يشرحه هذا الكتاب، عند الفقهاء عامة وفقهاء الحنابلة خاصة.

٤ ـ أهمية الجزء الذي سأقوم ـ بمشيئة الله تعالى ـ بتحقيقه من هذا المخطوط وهو من أول المسألة الرابعة وهي قول المصنف: «عفا أحدهما؛ أعني: الشريك والمشتري عن نصيبه» إلى نهاية باب الشفعة. حيث يعتبر هذا الباب من الأبواب الهامة التي ترتبط بحياة الناس وتعاملاتهم، وما ينشأ عن ذلك من منازعات وخصومات تناول حلها هذا الشرح.

○ أهداف البحث:

١ ـ المشاركة في إحياء التراث الإسلامي، والاستفادة من كنوزه الثمينة التي خلفها السلف الصالح.

٢ ـ الوقوف على كلام أهل العلم، ولا سيما المتقدمون منهم، ومعرفة أساليب وسمات التأليف لديهم.

٣ ـ معرفة المسائل التي كانت محل اتفاق بين الفقهاء المسلمين على اختلاف مناهجهم.

٤ ـ محاولة الوصول ـ قدر الإمكان ـ إلى أسباب الخلاف في المسائل التي كانت محل خلاف بين الفقهاء المسلمين.

٥ ـ معرفة الراجح ـ قدر الإمكان ـ في المسائل الفقهية التي كانت محل خلاف بين الفقهاء المسلمين.

٦ ـ المساهمة في إثراء المكتبة الإسلامية والفقه بإضافته هذا الشرح القيم إليها تيسيراً للانتفاع به.

○ قسم التحقيق:

يتضمن تحقيق المخطوط من أول (المسألة الرابعة: عفا أحدهما؛ أعني: الشريك والمشتري عن نصيبه) إلى نهاية (باب الشفعة).

○ منهجي في التحقيق:

١ ـ نسخت الكتاب بحسب القواعد الإملائية المعاصرة، مع وضع علامات الترقيم، وقمت بنقط ما لم يكن منقوطاً وهو كثير، ولهذا تركت التنبيه إليه، كما قمت بإضافة ما في هوامشه من لحق، مع التنبيه عليه.

٢ ـ فصلت المتن عن الشرح بوضع المتن بين علامتي تنصيص وبلون أغمق.

٣ ـ اعتمدت على النسخة الفريدة، مع الرجوع إلى المصادر والمراجع التي نقل عنها الشارح وكذلك الكتب التي نقلت عنه، من أجل فهم الكلمات المتعذر قراءتها.

٤ ـ بينت السقط الموجود في المخطوط بأن وضعته بين معقوفتين [ ] مع التنبيه عليه في الحاشية مهما كان قليلاً.

٥ ـ أصلحت التصحيفات والتحريفات الموجودة في النص ـ وهي كثيرة ـ مع التنبيه عليها في الحاشية.

٦ ـ قابلت نص المقنع على ثلاث نسخ إحداها مخطوط، وبينت الفروق في الحاشية.

٧ ـ وضعت عناوين للفصول والمسائل والفروع من عندي نظراً لكونها غير معنونة.

٨ ـ أشرت إلى بداية كل لوحة في المخطوط بوضع خط مائل، مع كتابة رقم الجزء واللوحة في الهامش الأيسر.

٩ ـ عزوت الآيات الكريمات إلى مواضعها في القرآن الكريم مبينة اسم السورة ورقم الآية مع كتابتها برسم المصحف وضبطه.

١٠ ـ أضفت عبارة (رضي الله عنه) بعد ذكر أسماء الصحابة، ووضعتها بين معقوفتين ولم أشر إلى ذلك في الحاشية لكثرته تجنباً للإطالة.

١١ ـ خرّجت الأحاديث النبوية من كتب السُّنة، وذلك عند أول موضع يرد فيه الحديث، فإن ورد بعد ذلك أحلت إلى الموضع السابق، فإن كان الحديث في الصحيحين فإني أكتفي بالعزو إليهما أو إلى ما وجد فيه منهما، وأمَّا إذا كان الحديث في غير الصحيحين فإني أخرجه من كتب السنَّة الأخرى مع بيان درجته من حيث الصحة والضعف وذلك بالرجوع إلى أقوال أهل العلم ما أمكن.

١٢ ـ الأحاديث التي أشار إليها المؤلف ولم يذكرها كتبت نصوصها مع تخريجها، أما التي ذكرها فإني أقابلها بأصلها الذي عزاها المؤلف إليه وأثبت الفروق ـ إن وجدت ـ في الحاشية فإذا لم يكن قد عزاها فإني أنقل نصها من أحد كتب السنة وأشير إلى باقي المصادر، وذلك كله في حاشية البحث.

١٣ ـ إذا ذكر المؤلف قولين أو وجهين أو أكثر فإنِّي أشير في الحاشية إلى الصحيح منها والمعتمد في المذهب، وكذلك إذا بين أنّ في المسألة قولين أو أكثر وذكر أحدهما ولم يذكر الآخر فإنِّي أذكر القول الآخر مبينة المعتمد في المذهب.

١٤ ـ وثقت أقوال العلماء، والأدلة العقلية، والاعتراضات والردود ونحو ذلك، وكذا وثقت النقول الواردة في النص المحقق، وذلك بالرجوع إلى مصادرها المتخصصة ـ إن وجدت ـ أو بواسطة كتب أخرى تهتم بالنقل عنهم، فإن لم أجدها بعد استفراغ الجهد في البحث أشرت إلى ذلك وتركتها بلا توثيق.

١٥ ـ عرَّفت بالمصطلحات العلمية، التي وردت في النص المحقق.

١٦ ـ شرحت غريب اللغة وضبطت المشكل منها بالشكل.

١٧ ـ ترجمت ترجمةً موجزة لجميع الأعلام الوارد ذكرهم في النص المحقق، لا المشهورين فقط؛ لأن الشهرة أمر نسبي يختلف من شخص لآخر، وذلك عند أول مرة يذكر فيها، ثم أحلت عليه عند تكرر ذكره.

١٨ ـ عند ذكر المراجع أكتفي بذكر الجزء والصفحة، وأذكر في قائمة المراجع جميع بياناتها.

١٩ ـ ختمت البحث بدراسة مقارنة لأهم المسائل التي تضمنها كتاب الشفعة وخرجت منها بالرأي الراجح في كل مسألة إتماماً للفائدة.

٢٠ ـ وضعت فهارس عامة للكتاب.

○ الصعوبات التي واجهتني:

كان هذا منهجي في البحث وقد واجهت أثناءه صعوبات كان أهمها:

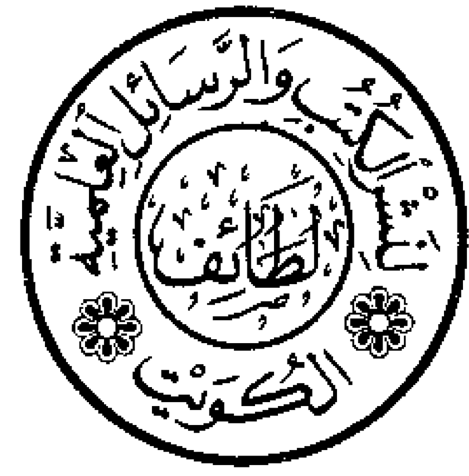
١ ـ كون الكتاب نسخة فريدة مما جعل تصحيح التصحيفات والتحريفات وتقدير السقط أمراً صعباً ويتطلب الكثير من الدقة والبحث والتحري، خاصة مع مثل هذا الكتاب الذي يجمع في المسألة الواحدة كل ما ذكر عنها في المذهب ويضيف إليه ما ذكره أصحاب المذاهب الأخرى.

ويزيد من صعوبة الأمر اعتماد المؤلف في المذهب على كتب مفقودة أو هي في حكم المفقود؛ كالمجرد والتعليقة للقاضي أبي يعلى والتلخيص للخضر ابن تيمية والفصول لابن عقيل والشروط لابن الزغواني وغيرها.

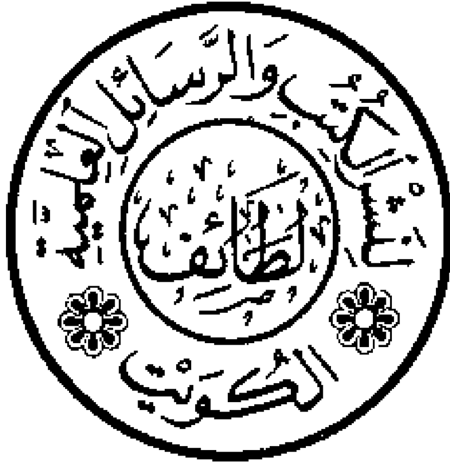
٢ ـ خلو الكتاب من المقدمة التي تبين عادة منهج المؤلف وطريقته ومصادره.

٣ ـ توسع المؤلف وتبحره في علوم الحديث والفقه واللغة والأصول وما ترتب على ذلك من زيادة الحاجة إلى المراجع، مما يتطلب البحث الدائم عن المزيد منها، سواء كانت كتب مطبوعة أو مخطوطة وصعوبة ذلك على أم مثلي تقوم برعاية أبنائها والعناية بوالدتها المريضة (عافاها الله تعالى). ومع ذلك فإني أشكر المولى ﷻ ليل نهار بأن هيأ لي المشرف المخلص الذي لم يدخر جهده في توضيح ما أشكل علي، وتسهيل ما رأيته صعباً، فهو بحق بحر من بحور العلم التي تمتلئ بالدرر والجواهر الثمينة فجزاه الله عني خير الجزاء ولخالقي الشكر والامتنان.

سميرة بنت سليم بن سعد الجهني



لطائف
لنشر الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت



شرح الحارثي على المقنع

تأليف

الإمام العلامة مسعود بن أحمد الحارثي

(٦٥٢ - ٧١١ هـ)

رحمه الله تعالى

(من قوله: المسألة الرابعة «عفا أحدهما - أعني الشريك والمشتري - عن نصيبه»
إلى نهاية الشفعة)

تحقيق ودراسة

سميرة بنت سليم بن سعد الجهني

المجلد الخامس



للنشر والتوزيع والدعاية والإعلان

[تابع باب الشفعة](١)

. . . .

(١) **الشفعة لغة**: من الشفع وهو الضم، سميت لما فيها من ضم المشتراة إلى ملك الشفيع، وهو أن يشفعك فيما اشترى حتى تضمه إلى ما عندك، فيزيده، فتشفعه به.
والشفيع: صاحب الشفعة، وصاحب الشفاعة، والمشفع: مقبول الشفعة. والشافع: هو جاعل الوتر شفعاً. انظر: الزاهر لمحمد الأزهري ص(٢٤٣)، المطلع للبعلي ص(٢٧٨)، أنيس الفقهاء لقاسم القونوي ص(٢٧١).
المراد بالشفعة اصطلاحاً: عرفها زين الدين الحنفي بأنها: «تمليك البقعة جبراً على المشتري بما قام عليه»، وزاد بعضهم: «شركة أو جوار». انظر: البحر الرائق (٣/ ١٤٣).
وعرفها ابن عرفة من المالكية بأنها: «استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه؛ أي: طلب الشريك أخذ مبيع شريكه بثمنه».
انظر: الفواكه الدواني لأحمد النفراوي، (٢/ ١٥٠).
كما عرَّفها الشافعية بأنها: حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث بسبب الشركة فيما ملك بعوض.
انظر: إعانة الطالبين لمحمد الدمياطي، (٣/ ١٠٧).
أما الحنابلة، فقد عَرَّفها ابن قدامة بأنها: استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة من يد من انتقلت إليه.
انظر: المطلع للبعلي (٧٠٩).
وبالنظر في تعريفات الفقهاء للشفعة نجد أنهم اختلفوا في تعريفها تبعاً لاختلافهم في ثبوت الشفعة للجار، ففي حين يقصر جمهور الفقهاء تعريفاتهم للشفعة على الشريك، نجد أن تعريفات الحنفية تشمل على الشريك والجار.
التعريف المختار للشفعة: حق تملك يستحق به الشفيع انتزاع العقار من يد من انتقل إليه الملك بعوض بمثل الثمن أو قيمته.
وهي ثابتة بالسُّنَّة والإجماع، أما السُّنَّة: فما روى جابر ﷺ قال: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فيما لم يُقسم، فإذا أوقعت الحدود وصرفت الطرق، فلا شفعة».
أخرجه البخاري في صحيحه، باب: الشفعة في ما لم يُقَسَّم فإذا قسمت الحدود فلا =

[ترك المشتري الشفيع شفعته]

• المسألة[1] الرابعة: عفا[2] أحدهما؛ أعني: الشريك[3]

= شفعة، كتاب: الشفعة، برقم (٢١٣٨)، (٢/ ٧٨٧) أما الإجماع: فقال ابن المنذر: «أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يُقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط».

انظر: الإجماع لابن المنذر، (١/ ٩٥).

(١) المسألة: مصدر، وتستعار للمفعول، يُقال: تعلمت مسألةً، والجمع: مسائل.

والمسائل **في الاصطلاح هي**: المطالب التي يُبرهن عليها في العلم، ويكون الغرض من ذلك العلم بمعرفتها. انظر: التعريفات للجرجاني؛ (١٧٠) المعجم الوسيط للزيات والنجار (١/ ٤١١).

(٢) عفا، يعفو عفواً، ومنه: عفا الله عنك؛ أي: محا ذنوبك، وعَفَوْتَ من الحق أسقطته كأنك محوته عن الذي هو عليه، انظر: المصباح المنير ص(٢١٧)، مادة: (ع ف ا).

(٣) الشريك: المشارك، ويشارك؛ يعني: يشاركه.

والشركة: أن يكون الشيء بين اثنين لا ينفرد به أحدهما، يُقال: شاركت فلاناً في الشيء: إذا صرت شريكه.

انظر: معجم مقاييس اللغة لأحمد بن فارس (٣/ ٢٦٥)، لسان العرب لابن منظور (١٠/ ٤٤٨).

والشركة **في اصطلاح الفقهاء**: عبارة عن اختلاط النصيبين فصاعداً بحيث لا يفرق أحد النصيبين عن الآخر.

ثم أطلق هذا الاسم على العقد؛ أي: عقد الشركة، وإن لم يوجد اختلاط النصيبين إذ العقد سبب له.

وهي نوعان: شركة أملاك: وهي: اجتماع في استحقاق، كثبوت الملك في عقار أو منفعة لاثنين فأكثر.

وشركة عقود: وهي: اجتماع في تصرف من بيع ونحوه، وهي المقصودة، وهي أنواع خمسة:

شركة عنان، شركة الوجوه، شركة المفاوضة، شركة المضاربة، شركة العقود. =

والمشتري، عن نصيبه[١]، فأما الشريك فالعفو صحيح، ويتوفر النصيب على المشتري؛ لأن العافي[٢] شفيع، واستحقاق الشفعة ليس موجباً لوقوع الملك[٣]، بل موجباً لأن يتملك[٤]، ومن المعلوم وقوف التملك على الاختيار.

وأما المشتري[٥] [إن ترك شفعته[٦]] ليأخذ الشريك الكل - وهو مسألة المتن[٧] -...

= فمن **شروط الشفعة**: أن يكون للشفيع ملك سابق؛ لأن الشفعة إنما تثبت للشريك لدفع الضرر عنه، وإذا لم يكن ملك سابق فلا ضرر عليه، فلا تثبت الشفعة له، والمشتري ليس له ملك تام.
انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٣٠)، الإقناع للحجاوي (٢/ ٦٢٠).
انظر: أنيس الفقهاء للقونوي (١/ ١٩٤)، الروض المربع للبهوتي (٢/ ٢٧٩).

(١) النصيب: الحظ من كل شيء، والجمع أنصباء وأنصبة. انظر: لسان العرب لابن منظور (١/ ٧٦١).

(٢) الذي يكون منه فعل العفو.

(٣) المِلك: بكسر الميم وفتحها وضمها، مَلكه يمْلكه مِلكاًومَلكاً ومُلكاً، والكسر أفصح وأشهر، احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به، وهو اتصال شرعي بين الإنسان وبين شيء يكون مطلقاً لتصرفه فيه وحاجزاً عن تصرف غيره.
انظر: تهذيب الأسماء للنووي (٣/ ٣٢٥).

(٤) التملك: الصيرورة مالكاً، ومعنى التمليك: الإخراج عن ملكه إلى ملك الغير، وهو يدل على نقل الملك إلى المشتري، فالملك يعني: مقدرة الإنسان على امتلاك الشيء والقدرة على التصرف فيه، والاستبداد به، وحاجزاً عن تصرف غيره، أما التملك فيعني: مقدرة الإنسان ورغبته على أن يصير مالكاً لهذا الشيء.
انظر: شرح التلويح على التوضيح للمحبوبي (٢/ ٣٦٦)، شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٢/ ٣٢٩)

(٥) المشتري هنا هو أحد الشركاء.

(٦) ساقطة من هذا اللوح من المخطوط، وقد وردت في لـ (١٩٠)، وأثبتها هنا (بتصرف) لتمام المعنى.

(٧) المسألة هي: «فإن كان المشتري شريكاً، فالشفعة بينه وبين الآخر، فإن ترك شفعته ليوجب الكل على شريكه لم يكن له ذلك»، وقد تقدم في المخطوط: لـ/ (١٩٠). وهي المسألة الثالثة. =

فالعفو باطل(١)، وليس على الشريك الالتزام به.

= قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٥٠٠): «وإن قال له المشتري: قد أسقطت شفعتي، فخذ الكل أو اترك، لم يلزمه ذلك، ولم يصح إسقاط المشتري؛ لأن ملكه استقر على قدر حقه». المغني لابن قدامة، (٧/ ٥٠٠).
وانظر: الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٢٨)، فتح الملك العزيز للبهاء البغدادي (٤/ ٢٥٦).

(١) **الباطل لغة**: من بَطَلَ الشيء يبْطُلُ بُطْلاً وبُطُولاً. وبُطْلاناً ذهب ضياعاً وخسراناً.
والاسم: البُطْلُ، والباطل نقيض الحق وجمعه أباطيل. انظر: المحكم والمحيط الأعظم لابن سيده، (٩/ ١٧٧، ١٧٨).
الباطل اصطلاحاً: هو الذي لا يكون صحيحاً ولا يترتب الأثر المقصود من الفعل عليه. ويجري في العبادات والمعاملات أيضاً، ففي العبادة: عدم موافقة أمر الشارع، أو عدم سقوط القضاء وفي المعاملة عدم حل الانتفاع بالمبيع.
والبطلان والفساد لفظان مترادفان. انظر: روضة الناظر لابن قدامة (١/ ٥٨)، المطلع للبعلي (١/ ٨٩)، الإبهاج لابن السبكي (١/ ٦٩).
وقد ذهب إلى الترادف بين الفساد والبطلان الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة، بينما فرق الحنفية بينهما، وخصصوا اسم الباطل بما لا ينعقد بأصله كبيع الحر والخمر، والفاسد بما ينعقد بأصله دون وصفه كعقد الربا. انظر: تحقيق المراد لابن كيكلدي (١/ ٧٢، ٧٣): كشف الأسرار للبزودي (١/ ٣٨٠).
وقال ابن قدامة في روضة الناظر (١/ ٥٨): «ولو صح له هذا المعنى لم ينازع في العبارة، لكنه لا يصح إذ كل ممنوع بوصفه فهو ممنوع بأصله».
والخلاف بين الفريقين خلاف لفظي كما قال الزنجاني في تخريج الفروع على الأصول (١/ ١٦٩): «واعلم أن هذا أصل عظيم فيه اختلاف الفئتين، وطال فيه نظر الفريقين، وهو على التحقيق نزاع لفظي ومراء جدلي».
كما أن الجمهور قد يفرقون بين الفاسد والباطل أحياناً ويخرجون عما قرروه من قاعدة الترادف بينهما إذا قام لهم دليل على ذلك من الفروع. قال ابن اللحام في القواعد والفوائد الأصولية (١/ ١٧): «إذا تقرر هذا فقد ذكر أصحابنا مسائل فرقوا بين الفاسد والباطل» إلى أن قال: «والذي يظهر أن ذلك ليس مخالفة لقاعدة الترادف، وإنما وقع التفريق في مسائل الدليل».
فنتج من ذلك: أن الخلاف بين الحنفية والجمهور خلاف لفظي. فيمكن أن يعتبر اعتدادهم بالفاسد في بعض قيود المعاملات - خلافاً للجمهور - في كثير من المسائل خلافاً فقهياً لا أصولياً، وهذا لم ينشأ عن التسمية، وإنما نشأ عن دليل خاص لدى المجتهد، فنتج من ذلك أن الخلاف لفظي بين الجميع.
انظر: إتحاف ذوي البصائر بشرح روضة الناظر لعبد الكريم النملة (٢/ ٢٤٧، ٢٤٨).

وهو المراد بقوله[١]: «ليس له ذلك»؛ أي: ليس للمشتري إلزامه به.

وبهذا قال الشافعي[٢]، ولأصحابه[٣] وجه بوجوب أخذ الشريك للكل أو [١٩٥/ب] ترك الكل، كما لو عفا أحد الشفيعين عن حقه، لم يكن للآخر إلا أخذ الكل أو ترك الكل.

لنا[٤]: أنَّ ملكه استقر على نصيبه بالشراء، فلم يتأثر بالعفو، كما في الشفعة بين حاضر وغائب، أخذ الحاضر الكل ثم قدم الغائب، فليس للحاضر أن يقول: دع الكل أو خذه فقد أسقطت شفعتي[٥]. وكما في إسقاط أحد الشفيعين للآخر بعد أخذهما. ولا اعتبار بتفريق الصفقة[٦]

---

(١) القائل هو: موفق الدين بن قدامة، مصنِّف المقنع.

(٢) قال النووي: «فإن قال المشتري خذ الكل أو اترك فقد تركت أنا حقي، لم يلزمه الإجابة ولم يصح إسقاط المشتري حقه من الشفعة».
انظر: روضة الطالبين (٥/ ٨٠)، المهذب للشيرازي (١/ ٣٨٤).

(٣) المقصود بالأصحاب: المراد بهم المتقدمون وهم أصحاب الأوجه غالباً، وضبطوا بالزمن وهم من كانوا في القرن الرابع الهجري، وأطلق عليهم (المتقدمون) لقربهم من القرون المشهود لها بالخيرية.
انظر: كتاب الفوائد المكية لأبي زهرة ص(٣٦)، الإمام الشافعي حياته وعصره لأبي زهرة ص(٣١٨، ٣١٩).
قال النووي في روضة الطالبين (٥/ ٨٠): «وحكي وجه أنه إذا ترك المشتري حقه لزم الآخر أخذ الكل أو تركه».

(٤) عبارة (لنا) شائعة عند ذكر دليل على المدعي، ويجعلونها خبراً لما يذكر بعدها من الدليل. انظر: التعريفات للجرجاني (٢٨٨).

(٥) تقدم تفصيل الشفعة بين الحاضر والغائب وما بعده في المخطوط لـ(١٩٢).
انظر: المغني (٧/ ٥٠٠) فقد قال ابن قدامة: «وكذلك إذا حضر أحد الشفيعين، فأخذ جميع الشقص بالشفعة، ثم حضر الآخر، فله أخذ النصف من ذلك، فإن قال الأول: خذ الكل أو دع، فإني قد أسقطت شفعتي. لم يكن له ذلك».
وانظر: شرح الزركشي (٤/ ١٩٤)، الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٦٠)، الإقناع للحجاوي (٢/ ٦١٧)، فتح الملك العزيز لابن البهاء (٤/ ٢٥٦).

(٦) **الصفقة لغة**: عبارة عن ضرب اليد عند العقد.
وفي الشرع: عبارة عن العقد. انظر: التعريفات للجرجاني (١١٢).

عليه؛ لأنه من مقتضيات دخوله في العقد[١]، فينزل منزلة رضاه به[٢].

والقياس[٣] على عفو أحد الشفيعين ممتنع؛ لتقدم العفو فيه على

---

(١) **العقد لغة**: نقيض الحل، عقده يعقده وتعقاداً وعقدة، والجمع: عقود.
انظر: المحكم والمحيط الأعظم لابن سيده (١/ ١٦٥)، (ع ق د).
العقد اصطلاحاً: ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعاً، وأما المعقود فهو عبارة عن انعقاد يؤثر في المحل مثبتاً لحكمه.
انظر: المنثور لمحمد الزركشي (٢/ ٣٠٣)، التعريفات للجرجاني (١٢٥).
قال ابن عبد الجبار السمعاني (٢/ ٤٠٤): «ومن العقود ما يقبل الفسخ بالإجماع: كالبيع والهبة والإجارة والصرف والسلم والرهن والوديعة والعارية».
ومنها ما لا يقبل الفسخ: وهو الطلاق والعتق والخلع والصلح عن دم العمد. فإن العقد لا يبقى في هذه المواضع بعد وجوده.
انظر: قواطع الأدلة في الأصول (٢/ ٤٠٦).

(٢) قال ابن قدامة في الشرح الكبير (١٥/ ٤٢٨): «إذا قال المشتري: قد أسقطت شفعتي، فخذ الكل أو اترك. لم يلزمه ذلك، ولم يصح إسقاط المشتري؛ لأن ملكه استقر على قدر حقه، فجرى مجرى الشفيعين إذا أخذ بالشفعة ثم عفا أحدهما عن حقه. ولذلك لو حضر أحد الشفيعين، فأخذ جميع الشقص بالشفعة، ثم حضر الآخر، فله أخذ النصف من ذلك، فإن قال الأول: خذ الكل أو دع، فإني قد أسقطت شفعتي، لم يكن له ذلك فإن قيل: هذا تبعيض للصفقة على المشتري قلنا: هذا تبعيض اقتضاه دخوله في العقد فصار كالرضى منه به».
انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٢٨)، المغني لابن قدامة (٧/ ٥٠٠).

(٣) **القياس لغة**: التقدير: ومنه: «قست الثوب بالذراع» إذا قدرته به.
قال الشاعر يصف جراحه:

إذا قاسها الآسي النطاسي أدبرت ... غثيثتها أو زاد وهياً هزومها

قاس الجراحة: إذا جعل فيها الميل يقدرها به ليعرف غورها. وهو في الشرع: حمل فرع على أصل في حكم بجامع بينهما.
وقيل: حكمك على الفرع بمثل ما حكمت به في الأصل لاشتراكهما في العلة التي اقتضت ذلك في الأصل.
وقيل: حمل معلوم على معلوم في إثبات حكم لهما، أو نفيه عنهما، بجامع بينهما من إثبات حكم، أو صفة لهما، أو نفيه منهما، ومعاني هذه الحدود متقاربة، ولا بد في كل قياس من: أصل وفرع وعلة وحكم. انظر: روضة النظر لابن قدامة (١/ ٢٧٥).

اختيار التملك[١] وتأخره[٢] ها هنا عن التملك نفسه، فلم يؤثر لفوات محله».

(١) أي: لتقدم عفو الشفيع على اختيار التملك.

(٢) أي: لتأخر عفو المشتري عن التملك؛ لأن محل العفو قبل اختيار التملك.

[أحكام تعدد الشفعة]

قال[١]: «وإذا كانت دار بين اثنين، فباع أحدهما نصيبه لأجنبي صفقتين، ثم علم شريكه؛ فله أن يأخذ بالبيعين، وله أن يأخذ بأحدهما، فإن أخذ بالثاني، شاركه المشتري في شفعته في أحد الوجهين، وإن أخذ بالأول لم يشاركه، وإن أخذ بهما: لم يشاركه في شفعة الأول، وهل يشاركه في شفعة الثاني؛ على وجهين[٢]، وإن اشترى اثنان حق واحد فللشفيع أخذ حق أحدهما.

وإن اشترى واحد حق اثنين، أو اشترى واحد شقصين[٣] من أرضين صفقة واحدة، فللشفيع أخذ أحدهما على أصح الوجهين»[٤].

الكلام في تعدد الصفقة والغرض[٥]: أن للشفيع أخذ البعض - وهو أحد الصفقتين - وأخذ المجموع أيضاً، أما المجموع فظاهر، وأما إحداهما؛ فلأن الكل حق له، فملك الاقتصار على البعض كالدين[٦]،

(١) القائل هو: موفق الدين بن قدامة، مصنف المقنع.

(٢) **الوجهان هما: أحدهما**: يشاركه؛ صححه في التصحيح والنظم. **والوجه الثاني**: لا يشاركه. انظر: الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٦٢).

(٣) الشِقص: بكسر أوله، قال أهل اللغة: هو من الأرض، والطائفة من الشيء مُشاعاً من عقار. انظر: المبدع لابن مفلح (٥/ ٢٠٥).

(٤) انظر: المقنع لابن قدامة (المخطوط) لـ(٥٨/ أ)، والمطبوع (٢/ ٢٦٨).

(٥) في المخطوط: (الغرض)، والمثبت في الأصل هو المتفق مع السياق.

(٦) قال ابن قدامة: ومن أسقط بعض دينه أو وهب غريمه بعض العين التي في يده جاز. انظر: العُدَّة لبهاء الدين المقدسي (٢٤٧).
والدين لغة: واحد الديون، معروف، وكل شيء غير حاضر دين، والجمع أدين مثل أعين، ودنت الرجل: أقرضته فهو مدين ومديون. ابن سيده دنت الرجل وأدنته أعطيته =

وإنما امتنع في الصفقة المفردة لضرر[١] التشقيص وهو منتفٍ ها هنا[٢] وبتقدير وجوده[٣] في بعض الصور، لا أثر له لدخوله عليه.

وإذا عُلم هذا، فللتعدد صور:

= الدين إلى أجل. والمديان: من يقترض كثيراً ومن يقرض كثيراً.
انظر: المحكم والمحيط الأعظم لابن سيده (٩/ ٣٩٨)، لسان العرب (١٣/ ١٦٦) (دين).
الدين اصطلاحاً: في الظاهر معاملة على تأخير.
وهو إما أن يكون لله كالكفارات والنذور، ويكون على الفور وعلى التراخي.
وإما أن يكون لآدمي، وهو على ضربين: أن يكون مؤجلاً، فلا يجب أداؤه إلا بانقضاء الأجل. وإما أن يكون حالاً. انظر: التعاريف للمناوي (١/ ٦٦)، (فصل دال).
قال الزركشي: «الديون أربعة أقسام: دين سلم، دين كتابة، وما عداهما وهو قسمان: مستقر وغير مستقر، كثمن المبيع في مدة الخيار ونحوهما». انظر: شرح الزركشي (٢/ ١٣٩)، الإنصاف للمرداوي (٥/ ٢٢٤).

(١) وهذا يدخل ضمن قاعدة عظيمة ذكرها النبي عليه الصلاة والسلام وهي: **«لا ضرر ولا ضرار»**، فإن الضرر والضرار مبثوث منعه في الشريعة كلها. انظر: الموافقات للخمي (٣/ ١٦).
وقد ذكرها كثير من المصنفين في كتبهم قال الكرابيشي في الفروق (٢/ ١٢٩): «وإن كان في ترك القسمة إلحاق ضرر به جاز ألا يترك القسمة، ويترك كيلا يؤدي إلى الضرر».
وقال ابن مفلح في المبدع: «الشفعة شرعت لدفع ضرر غير محقق» (٤/ ٩٧)، وقال في موضع آخر: «الشفعة وضعت لدفع الضرر» (٥/ ٢٠٤). وقوله ﷺ: **«لا ضرر ولا ضرار»** أخرجه ابن ماجه في سننه، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره (٢/ ٧٨٤) رقم [٢٣٤١]، والبيهقي في سننه الكبرى، باب: **«لا ضرر ولا ضرار»** (٦/ ٦٩) رقم (١١٦٦١)، والإمام مالك بن أنس الأصبحي في الموطأ (٧/ ٧٤٥) رقم (١٤٢٩)، والحاكم في مستدركه، كتاب البيوع (٢/ ٦٦) رقم (٢٣٤٥)، وأحمد في مسنده (١/ ٣١٢) رقم (٢٨٦٧).

(٢) وذلك لتعدد الصفقة.

(٣) أي: التشقيص.

[تعدد الشفعة لتعدد العقد]

إحداها ـ وهو ما بدأ به المصنف ـ: أن تتعدد بنفسها لتعدد العقد، كدار(١) بين شريكين باع(٢) أحدهما نصيبه من أجنبي صفقتين واحدة بعد أخرى، ثم علم الشفيع ففي «الكتاب(٣)» له الأخذ بهما جميعاً وبإحداهما

---

(١) دار: اسم جامع للعرضة والبناء، والمحل يجمع البناء، وكل موضع حل به قوم فهو دارهم.
انظر: لسان العرب لابن منظور (٤/ ٢٩٨)، تاج العروس للزبيدي (١١/ ٣١٧). باب: دور.

(٢) **البيع لغة**: ضد الشراء، والبيع الشراء أيضاً، وهو من الأضداد من باع الشيء يبيعه وهو عبارة عن أخذ شيء وإعطاء شيء، انظر: لسان العرب (١/ ٢٨٠)، الروض المربع (٢/ ٢٢).
وشرعاً: مبادلة مال بمال ولو في الذمة أو منفعة مباحة وهو جائز بالإجماع، وينفذ بمعاطاة وإيجاب وقبول بسبعة شروط: الرضا منهما، وكون عاقد جائز التصرف، وكون بيع مالاً فيه منفعة مباحة، وكونه معلوماً مقدوراً على تسليمه مملوكاً لبائعه، أو مأذوناً له فيه، وكون ثمنه معلوماً؛ وانظر: المغني لابن قدامة (٤/ ٣)، زاد المستقنع لأبوا لنجا (١/ ١٠٢)، أخصر المختصرات لابن بلبان (١/ ١٦٣، ١٦٤).

(٣) المقصود بالكتاب هنا: المقنع لابن قدامة.
والكتاب: مصدر سُمِّي به المكتوب، من باب تسمية المفعول بالمصدر؛ كالخَلْق بمعنى المخلوق.
يقال: كَتَبَ كُتْباً من باب قَتَل ـ وكِتبة ـ بالكسر ـ وكِتاباً، والاسم. الكتابة؛ لأنها صناعة؛ كالنجارة، والجمع كُتُب وكُتْب.
الكَتْبُ: الضم والجمع، وكتبت القربة، ضممت رأسها بالوِكاء، وكتبت الكتاب لضمك حروفه، وكتابة العبد لضم نجم إلى نجم.
انظر: الصحاح للجوهري (١/ ٢٠٨)، تهذيب الأسماء واللغات للنووي (٣/ ٢٨٩)، المطلع للبعلي (٥٠)، لسان العرب لابن منظور (١/ ٦٩٨)، القاموس المحيط للفيروزآبادي (١/ ١٢٥).

=

إن شاء[١]. وكذا قال القاضي[٢] وابن عقيل[٣]؛ لأنه شفيع فيهما ولكل واحدة حكم نفسها[٤]، فكان له استيعاب حقه، وإسقاط بعضه، كما له إسقاط كله.

ثم إن أخذ بهما، ففي مشاركة المشتري في الثانية وجهان أوردهما في المتن، ومثلهما لأصحاب الشافعي[٥]، وتنبيهاً بالوجهين في بقاء حق

= **والمراد بالكتاب اصطلاحاً**: اسم لجملة مختصة من العلم، ويُعبَّر عنها بالباب وبالفصل أيضاً، فإن جُمع بين الثلاثة، قيل: الكتاب اسم لجملة مختصة من العلم مشتملة على أبواب وفصول غالباً، والباب: اسم لجملة مختصة من الكتاب مشتملة على فصول غالباً، والفصل: اسم لجملة مختصة من الباب مشتملة على مسائل غالباً.
انظر: مغني المحتاج للشربيني الخطيب (١/ ١٦).

(١) انظر: الكافي لابن قدامة (٢/ ٤٢٢)، الشرح الكبير (١٥/ ٤٢٥)، الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٦٢)، كشاف القناع للبهوتي (٤/ ١٤٩).

(٢) ذكره عنه المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٦١، ٢٦٢): «إذا كانت دار بين اثنين فباع أحدهما نصيبه لأجنبي صفقتين، ثم علم شريكه، فله أن يأخذ بالبيعين، وله أن يأخذ بأحدهما. قاله الأصحاب منهم: القاضي، وابن عقيل، وهي تعدد العقد».
والقاضي هو: شيخ الحنابلة، القاضي أبو يعلى، محمد بن الحسين بن محمد البغدادي الحنبلي، ابن الفراء، ولد سنة (٣٨٠هـ) أفتى ودرس وتخرج به الأصحاب، وانتهت إليه الإمامة في الفقه مع معرفة بعلوم القرآن، والتفسير والأصول.
من مصنفاته: كتاب «الورايتين والوجهين»، وكتاب «أحكام القرآن»، وكتاب «العدة في أصول الفقه». توفي سنة (٤٥٨هـ).
انظر: طبقات الحنابلة (٢/ ١٩٣ ـ ٢٣٠)، تذكرة الحفاظ (٢/ ١١٣٥) السير (١٨/ ٨٩ ـ ٩١).

(٣) ذكره عنه في الإنصاف (٦/ ٢٦٢).
ابن عقيل هو: العلامة أبو الوفاء بن عقيل البغدادي الحنبلي، ولد سنة إحدى وثلاثين وأربع مائة، أخذ الفقه عن القاضي أبي يعلى. من مصنفاته، كتاب «الفنون»، وكتاب «الفصول» ويسمى: «كفاية المفتي»، و«الإشارة». توفي سنة (٥١٣هـ).
انظر: طبقات الحنابلة (٢/ ٢٥٩)، السير (١٩/ ٤٤٣ ـ ٤٥١)، المدخل المفصل (٢/ ٨٩٣).

(٤) المراد: كل من الصفقتين: الأولى والثانية.

(٥) وقال الماوردي في الحاوي الكبير (٧/ ٢٩٠): «وكذا لو باع مالك الشقص بعضه على =

الشفيع إذا باع قبل العلم؛ فإن ملكه ها هنا زال عن قهر [١٩٦/أ] وهناك عن جهالة.

وجه: عدم المشاركة، وهو الأصح(١)، أن ملكه لم يستقر على المبيع الأول، فالسبب(٢) غير مستقر(٣).

ووجه الآخر(٤): أنه شريك بملك متقدم، فملك الشفعة كمحل الوفاق.

وأما الصفقة الأولى فيختص بها هو؛ أعني: الشفيع بلا خلاف(٥)؛ لأن المشتري لم تتقدم شركته فلا شفعة له.

وإن أخذ بإحداهما، **أما بالأولى**، فكذلك لا يشاركه أحد ـ لما

= رجل في عقد، ثم باع به باقيه في عقد، كان الشفيع مخيراً في أخذ كل الشقص بالعقدين، وفي أخذ إحدى الحصتين، سواء كان المشتري واحداً أو اثنين».
ومقابل الأصح يشاركه مطلقاً وقيل: لا يشاركه مطلقاً.

(١) قال المرداوي: «هو الصواب»، انظر: الإنصاف (٢/ ٢٦٢).

(٢) السبب: هو ما يتوصل به إلى الحاكم ويكون طريقاً لثبوته سواء كان دليلاً أو علة أوشرط، وسواء كان مؤثراً في الحكم أو غير مؤثر.
انظر: رسالة في أصول الفقه للعكبري (ص١٠٤).

(٣) وذلك لكون الشفيع يملك أخذه.
قال النووي في المجموع (١٤/ ٣٢٥): «وإن اشترى شقصين من أرضين في عقد واحد، فأراد الشفيع أن يأخذ أحدهما دون الآخر ففيه وجهان: **أحدهما**: لا يجوز وهو الأظهر لما فيه من الإضرار بالمشتري في تفريق الصفقة عليه. **والثاني**: يجوز؛ لأن الشفعة جعلت لدفع الضرر وربما كان الضرر في أحدهما دون الآخر، فإن كان البائع أو المشتري اثنين جاز للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما دون الآخر؛ لأن عقد الواحد مع الاثنين عقدان، فجاز أن يأخذ أحدهما دون الآخر، كما لو اشتراه في عقدين متفرقين».
قال ابن قدامة في الشرح الكبير (١٥/ ٤٣٠): «وإن أخذ بهما جميعاً لم يشاركه ومذهب الشافعي؛ لأنه إذا عفا عنه استقر ملكه، بخلاف ما إذا أخذ. فإن قلنا يشارك في الشفعة، ففي قدر ما يستحق وجهان»، وانظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٥٠٦).

(٤) المراد: مشاركة المشتري في الشفعة.

(٥) قال المرداوي: بلا نزاع. انظر: الإنصاف (٦/ ٢٦٢).

ذكرنا ـ، وأما بالثانية، ففي مشاركة المشتري وجهان لنا[١] وللشافعية، أصحهما نعم[٢]، وهو ما قُدِّم في المتن، واختيار السامري[٣]، وصاحب «التلخيص»[٤]، ولم يوردا خلافه[٥]؛ لاستقرار ملك المشتري على الأول بعفو الشفيع فيصير شفيعاً في الثاني بملكه المتقدم.

والثاني: لا[٦]، وهو ما قال القاضي وابن عقيل[٧]؛ لأن ملكه على الأول متزلزل لسلطنة الشفيع على أخذه فكيف يساويه.

---

(١) الوجهان هما: المشاركة، أو عدم المشاركة.

(٢) قال الزهري في السراج الوهاج: «ولو باع أحد الشريكين نصف حصته لرجل، ثم باع باقيها لآخر، فالشفعة في النصف الأول للشريك القديم، وقد يعفو، والأصح أنه إن عفا عن النصف الأول شاركه المشتري في النصف الثاني، وإلا بأن لم يعف فلا يشارك المشتري الأول الشريك.

انظر: السراج الوهاج للزهري (١/ ٢٧٨).

(٣) انظر: المستوعب (٢/ ٩٠).

السامري هو: محمد بن عبد الله بن الحسين السامري، الفقيه الحنبلي، أبو عبد الله، ويلقب نصير الدين، ويُعرف بابن سنينه، ولد سنة (٥٣٥هـ)، برع في الفقه والفرائض، وصنف فيها تصانيف مشهورة، منها: كتاب «المستوعب» في الفقه، وكتاب «الفروق» و«البستان» في الفرائض. توفي سنة (٦١٦هـ) ببغداد.

انظر: السير (٢٢/ ٤٤، ٤٥)، الذيل لابن رجب (٢/ ١٢١، ١٢٢)، الشذرات (٥/ ٧٠، ٧١).

(٤) هو: محمد بن الخضر بن تيمية، فخر الدين أبي عبد الله بن القاسم. واسم كتاب «تلخيص المطلب في تلخيص المذهب» جرى في تأليفه على نحو طريقة أبي حامد الغزالي الشافعي في «البسيط».

انظر: الذيل لابن رجب (٢/ ١٥٣)، الدر المنضد (٣٣)، المدخل المفصل إلى فقه الإمام أحمد؛ لبكر أبو زيد (٢/ ٦٧٩).

(٥) المراد: خلاف المشاركة. قال في المستوعب: «للشفيع أن يأخذ المبيع الأول فإن عفا عنه وأراد الثاني فله ذلك، إلا أنه يكون بينه وبين المشتري؛ لأنه صار شفيعاً له بملكه للمبيع»، انظر: (٢/ ٩٠).

(٦) المراد: لا يشاركه.

(٧) انظر: الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٦٢).

ومجموع الخلاف ينحصر في ثلاثة أوجه، الشركة(١) في المبيع الثاني مطلقاً، عدم الشركة مطلقاً، [التفرقة](٢) بالعفو عن المبيع الأول وعدمه، إن عفا شارك وإلَّا فلا(٣).

والأول(٤) منقول عن أبي حنيفة(٥).

وإذا قيل بالشركة، ففي أحدهما بالسوية، أوقدر الحصص ما مر من الخلاف(٦)، فإن قيل بالحصص(٧)؛ ففي صور العفو عن المبيع الأول وعدمه، إن عفا شارك، يصير للمشتري ثلث العقار، وللشفيع ثلثاه، وفي صورة عدم العفو؛ يصير له نصف سدسه وباقيه للشفيع.

وإن قيل بالرؤوس، صار للمشتري في العفو ربع العقار وثمنه، وباقيه للشفيع، وفي صورة عدم العفو: ثمنه وباقيه للشفيع(٨).

---

(١) **الشركة لغة**: بوزن نِعْمَة سَرِقَة وثمرة
الشِّرْكُ والشِّرْكَةُ بكسرهما بمعنى واحد وهو مخالفة الشريكين.
وقد اشتركا وتشاركا وشارك أحدهما الآخر.
والاشتراك هنا بمعنى التشارك.
انظر: تاج العروس (٢٧/ ٢٢٣)، المطلع للبعلي (٢/ ٢٦٠).

(٢) في المخطوط: (لتفرقه)، والمثبت في الأصل هو المتفق مع السياق.

(٣) المراد إن عفا الشفيع عن الأول شاركه في الثاني، وإن أخذ بهما جميعاً لم يشاركه.
انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٥٠٦)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٣٠)، الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٦٢).

(٤) المراد الشركة في البيع الثاني مطلقاً.

(٥) قال الزيلعي في تبيين الحقائق (٥/ ٢٦٢): «أن المشتري إذا تعدد والبائع واحد يتعدد الأخذ بالشفعة حتى كان للشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم ويترك الباقي؛ لأن الصفقة لا تتفرق على أحد، فالعبرة بتعدد الصفقة».

(٦) انظر: المخطوط لـ(١٩٠).

(٧) الحصة: النصيب من الطعام والشراب والأرض وغير ذلك والجمع الحصص.
انظر: لسان العرب لابن منظور (٧/ ١٤).

(٨) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٥٠٧): «فإن قلنا سيشارك في الشفعة، ففي قدر ما يستحق وجهان: أحدهما: ثلثه، والثاني: نصفه. بناء على الروايتين في قسمة الشفعة على قدر الأملاك أو عدد الرؤوس، وإن قلنا يشاركه، فعفا له عن الأول، صار له =

[تعدد المشتري واتحاد البائع]

الصورة الثانية: تعدد المشتري واتحد البائع، بأن ابتاع اثنان أو جماعة شقصاً من واحد، ففي «مبسوط» ابن الزاغوني[(١)] أن أحمد[(٢)] رَحِمَهُ اللَّهُ نصَّ على أنَّ شراء الاثنين من الواحد عقدان وصفقتان، فللشفيع إذاً أَخْذ نصيب أحدهم وترك الباقي، كما في «الكتاب»[(٣)] وغيره من كتب

= ثلث العقار. في أحد الوجهين، وفي الآخر ثلاثة أثمانه وباقيه لشريكه. وإن لم يعف عن الأول، فله نصف سدسه في أحد الوجهين، وفي الآخر ثمنه، والباقي لشريكه».
انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٣٠).

(١) ذكره عنه المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٦٢): «فقال ابن الزاغوني في المبسوط: «نص الإمام أحمد على أن شراء الاثنين من الواحد عقدان وصفقتان. فللشفيع إذن أخذ نصيب أحدهما»».
وابن الزاغوني هو: علي بن عبيدالله بن نصر بن عبيدالله بن الزاغوني البغدادي، الفقيه المحدث، أبو الحسن، ولد سنة (٤٥٥هـ)، كان مشهوراً بالصلاح والورع، أحد أعيان المذهب الحنبلي، من مصنفاته في الفقه: «الإقناع»، و«الواضح». توفي سنة (٥٢٧هـ).
انظر: السير (١٩/ ١٠٥ ـ ١٠٧)، الذيل لابن رجب (١/ ١٨٠ ـ ١٨٤)، الشذرات (٤/ ٨٠، ٨١).

(٢) هو: شيخ الإسلام، أبو عبد الله، أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني، المروزي ثم البغدادي، ولد سنة (١٦٤هـ)، قال علي بن المديني: «إن الله أيد هذا الدين بأبي بكر يوم الردة، وبأحمد بن حنبل يوم المحنة، له مؤلفات كثيرة منهم: «المسند»، «التفسير»، «الناسخ والمنسوخ»، و«التاريخ». توفي سنة (٢٤١هـ).
انظر: طبقات الحنابلة (٢/ ٢٤ ـ ٢٠)، تذكرة الحفاظ (٢/ ٤٣٢)، السير (١١/ ١٧٧ ـ ٣٥٨)، تهذيب التهذيب (١/ ٦٢ ـ ٦٥).

(٣) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٥٠٤): «وإن اشترى اثنان نصيب واحد فللشفيع أخذ نصيب أحد المشترين. وبه قال مالك والشافعي، وأبو حنيفة في إحدى الروايتين عنه»، وانظر: المقنع (٢/ ٢٦٨).

الأصحاب[١]، وهو قول: أبي حنيفة[٢]، والشافعي[٣]، وأشهب[٤]، وسحنون[٥]، وغيرهم لما مر[٦].

---

(١) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٣٢)، الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٦٢)، الإقناع للحجاوي (٢/ ٦١٨)، معونة أولي النهى للبهوتي (٥/ ٤٣٩).

(٢) قال السرخسي في المبسوط (١٤/ ١٠٤): «وإذا كان البائع واحداً والمشتري اثنين، فله أن يأخذ حصة أحدهما دون الآخر؛ لأنه يأخذ ملك المشتري بالشفعة».
فإن كان المشتري واحداً لو تمكن من أخذ البعض تضرر به المشتري من حيث أنه يتبعض عليه الملك، وإذا كان المشتري اثنين فإنما ملك كل واحد منهما النصف، وليس في أخذ الشفيع نصيب أحدهما إضراراً بالآخر».
وانظر: بدائع الصنائع للكاساني (٥/ ٢٥ ـ ٢٦).
وأبو حنيفة هو: الإمام المجتهد عالم العراق، النعمان بن ثابت بن زوطي التيمي الكوفي. يُقال إنه من أبناء فارس، ولد سنة (٨٠هـ) في حياة صغار الصحابة، ولم يثبت له حرف عن أحد منهم. توفي سنة (١٥٠هـ).
انظر: تذكرة الحفاظ (١/ ١٦٦ ـ ١٦٨)، السير (٦/ ٣٩٠ ـ ٤٠٣)، تهذيب التهذيب (١٠/ ٤٠١ ـ ٤٠٣).

(٣) قال الشيرازي في المهذب (١/ ٣٨١): «فإن كان المشتري أو البائع اثنين جاز للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما دون الآخر؛ لأن عقد الواحد مع الاثنين عقدان فجاز أن يأخذ أحدهما دون الآخر، كما لو اشتراه في عقدين متفرقين».
وانظر: الوسيط للغزالي (٤/ ٩٦).

(٤) قال ابن عبد البر في الاستذكار (٧/ ٧٦) :«فلو كان المشتري رجلين فأراد الشفيع أن يأخذ حصة أحدهما قال أشهب: له أن يأخذ من أحدهما ويدع الآخر».
وأشهب هو: ابن عبد العزيز بن داود، الإمام العلامة الفقيه، أبو عمر القيسي، العامري، مفتي مصر. قيل: اسمه مسكين، وأشهب لقب له، ولد سنة (١٤٠هـ)، وقيل غير ذلك. انتهت إليه الرياسة بعد ابن القاسم، كان فقيهاً على مذهب مالك. توفي سنة (٢٠٤هـ) بمصر.
انظر: السير (٩/ ٥٠٠ ـ ٥٠٣)، الديباج المذهب (٩٨، ٩٩)، تهذيب التهذيب (١/ ٣١٤).

(٥) قال القرافي في الذخيرة (٧/ ٣٤٧): «وقال سحنون وأشهب: إذا تعددت الأشقاص والمشترون واتحد الشفيع فله الأخذ من أحدهم وإن اتحدت الصفقة». وسحنون هو: عبد السلام بن سعيد بن سحنون بن حبيب التنوخي، ولد سنة (١٦٠هـ) أو (١٦١هـ). وتوفي يوم الثلاثاء سنة (٢٤٤هـ)، وكان عمره ثمانين.
انظر: ميزان الاعتدال (٨/ ١١٤)، الديباج المذهب (١/ ١٦٠)، الثقات (٨/ ٢٩٩).

(٦) المراد: لأن شراء الاثنين من الواحد عقدان وصفقتان.

وعن ابن القاسم المنع[١]، وهو رواية الحسن بن زياد[٢] عن أبي حنيفة، فيما قبل قبض المشتري؛ لأنه تفرقة على البائع إذ ملكه مجتمع، والشفيع إنما يتملك إذاً منه، ولهذا كانت العهدة[٣] عليه بخلاف ما بعد القبض.

والتفرقة بين ما قبل القبض وبعده قول أول لأبي حنيفة، وأما قوله آخراً فالتسوية [١٩٦/ب] بين الحالتين كمذهبنا، كذلك قال السرخسي[٤]

---

(١) قال ابن عبد البر في الاستذكار (٧/ ٧٦): «فلو كان المشتري رجلين، فأراد الشفيع أن يأخذ حصة أحدهما، فابن القاسم قال: ليس له إلا أن يأخذ حصتهما جميعاً أو يتركهما جميعاً إذا طلبت صفقة واحدة»، وانظر: الشرح الكبير للدردير (٣/ ٤٩٠).
وابن القاسم هو: عبد الرحمٰن بن القاسم أبو عبد الله العتقي مولاهم المصري، صاحب الإمام مالك. ولد سنة (١٣٢هـ)، **كان ذا مال ودنيا، فأنفقهما في العلم. قال النسائي: لم يرو أحد الموطأ عن مالك أثبت من ابن القاسم توفي سنة (٢٩١هـ).**
انظر: تذكرة الحفاظ (١/ ٣٥٦)، السير (٩/ ١٢٠ ـ ١٢٥)، الديباج المذهب (١٤٦، ١٤٧)، تهذيب التهذيب (٦/ ٢٥٢).

(٢) قال ابن نجيم في البحر الرائق (٨/ ١٦٥): «روى الحسن عن الإمام أنه فصل فقال: إن أخذ قبل القبض نصيب أحدهم ليس له ذلك، وبعده كان له ذلك؛ لأنه قبل القبض يتضرر البائع بأخذ البعض منه بتفريق اليد عليه، وبعده لا يتضرر؛ لأنه لم يبق له يد».
والحسن هو: ابن زياد اللؤلؤي، ويُكنى بأبي علي، من أصحاب أبي حنيفة، كان فاضلاً، عالماً بمذهب أبي حنيفة والرأي، قال يحيى: ما رأيت أفقه من الحسن بن زياد. توفي سنة (٢٠٤هـ).
انظر: الفهرست (١/ ٢٨٨)، أخبار أبي حنيفة (١/ ٢٣٥).

(٣) **العُهدة لغة**: بالضم كتاب الحلف والشراء، واستعهد من صاحبه اشترط عليه، وكتب عليه عهدة، وهو من باب العهد والعهدة؛ لأن الشرط عهد في الحقيقة، والجمع عُهَدْ.
انظر: المطلع على أبواب المقنع للبعلي (١/ ٢٤٩)، لسان العرب (٣/ ٣١٢) عهد، مختار الصحاح (١/ ١٩٢) عهد.
العهدة اصطلاحاً: في الأصل كتاب الشراء، يقال: عهدته على فلان؛ أي: ما أدرك فيه من درك فإصلاحه عليه.
فهي ضمان الثمن للمشتري إن استحق المبيع أو وجد فيه عيباً.
انظر: شرح الزركشي (٢/ ١٧١)، التعريفات للجرجاني (١٣٠).

(٤) قال السرخسي في المبسوط (١٤/ ١٠٤): «وروى الحسن عن أبي حنيفة قال إذا كان =

ـ شمس الأئمة ـ في كتابه[١] ـ وكون العهدة على البائع إذاً غير مسلَّم.

وإن اشترى الواحد لنفسه ولغيره بالوكالة[٢] شقصاً من واحد، فكذلك للشفيع أخذ أحد النصيبين، ذكره المصنف[٣]؛ لتعدد من وقع العقد له، وكذا ما لو كان وكيلاً لاثنين واشترى لهما. وقالت الحنفية: «ليس للشفيع إلا أخذ الكل أو الترك اعتباراً بأن العاقد للغير في باب

= البائع اثنين فأراد الشفيع الأخذ قبل قبض المشتري، فله أن يأخذ نصيب أحد البائعين؛ لأنه بالأخذ يتملك على البائع، ولهذا كانت عهدته على البائع والملك في حق البائعين، والملك في حقه مجتمع متفرق وبعد القبض إنما يتملك على المشتري وإن كان البائع واحداً والمشتري اثنين فقبل القبض ليس له أن يأخذ نصيب أحد المشتريين لاجتماع الملك في حق البائع وبعد القبض له ذلك، ولكن هذا قوله الأول، فأما قوله الآخر كما ذكر في الكتاب، فإن المعتبر جانب المشتري قبل القبض وبعد القبض ويستوي إن كان اشتراه لنفسه أو لغيره».
والسرخسي هو: محمد بن أحمد بن أبي سهل أبو بكر السرخسي، الإمام الكبير، شمس الأئمة، كان إماماً علامة حجة متكلماً فقيهاً أصولياً مناظراً، أملأ «المبسوط» نحو خمسة عشر جزءاً وهو محبوس في السجن، بسبب كلمة نصح بها أحد الأمراء، من تصانيفه: «المبسوط»، «شرح السير الكبير»، «كتاب في الأصول»، «شرح مختصر الطحاوي». توفي في حدود (٤٩٠هـ).
انظر: طبقات الحنفية لأبي الوفاء (٢/ ٢٨، ٢٩).

(١) كتابه: المبسوط.
(٢) الوَكالة، والوِكالة، ووكيل الرجل الذي يقوم بأمره سمي وكيلاً لأن موكله قد وكل إليه القيام بأمره فهو موكول إليه الأمر.
والاسم: الوِكالة بفتح الواو وكسرها.
ووكَّله: استكفاه أمره ثقة به.
توكل الرجل بالأمر: ضمن القيام به وقبل الوكالة.
انظر: لسان العرب لابن منظور (١١/ ٧٣٦)، مختار الصحاح (١/ ٣٠٦)، المعجم الوسيط (٢/ ١٠٥٤) (و ك ل).
الوكالة شرعاً: استنابة جائز التصرف مثله فيما له عليه تسلط أو ولاية ليتصرف فيه. وهي عبارة عن إظهار العجز والاعتماد على الغير.
انظر: أنيس الفقهاء للقونوي (١/ ٢٣٧)، التعاريف للمناوي (١/ ٧٣٣)، الروض المربع للبهوتي (٢/ ٢٣١).
(٣) المقصود: ابن قدامة. انظر: المغني (٧/ ٥٠٧).

الشراء بمنزلة العاقد لنفسه[(١)]، وتتمة هذا ستقصى[(٢)] في باب الوكالة، وكيف كان فالمانع إنما هو إدخال الضرر على المالك بتشقيص ملكه، وذلك منتف فيما ذكرنا».

فصل

باع أحد الشريكين نصيبه من ثلاثة صفقة واحدة[(٣)]، فللشفيع الأخذ من الجميع ومن البعض، لتعددهم، فالعقد متعدد حكماً، ثم إن أخذ من البعض فليس لمن عداه الشركة في الاستشفاع؛ لعدم سبق ملكه ملك المأخوذ منه، والشفعة إنما تستحق بملك سابق.

وإن باع كلاً منهم على حده، ثم علم الشفيع[(٤)]، فلا إشكال في أن له الأخذ من الكل ومن البعض، لمكان التعدد.

---

(١) قال السرخسي في المبسوط (١٤/ ١٠٤): فسّره هشام عن محمد: «أن الواحد إذا اشترى داراً لرجلين فليس للشفيع أن يأخذ نصيب أحد الأمرين» إلى أن قال: «والعاقد لغيره في باب الشراء بمنزلة العاقد لنفسه في أحكام العقد».

(٢) يُقال استقصى فلان في المسألة وتقصّى بمعنى: استقصى الأمر، بلغ أقصاه في البحث عنه.

انظر: لسان العرب لابن منظور (١٥/ ١٨٤)، المعجم الوسيط (٢/ ٧٤١).

(٣) انظر: المغني (٧/ ٥٠٤) قال ابن قدامة: «وإذا باع شقصاً لثلاثة، دفعة واحدة، فلشريكه أن يأخذ من الثلاثة، وله أن يأخذ من أحدهم، وله أن يأخذ من اثنين دون الثالث؛ لأن كل عقد منهما منفرد، فلا يتوقف الأخذ به على الأخذ بما في العقد الآخر، كما لو كانت متفرقة، فإذا أخذ نصيب واحد لم يكن للآخرين مشاركته في الشفعة؛ لأن ملكهما لم يسبق مِلك من أخذ نصيبه، ولا يستحق الشفعة إلا بملك سابق».

وانظر: الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٣٣)، الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٦٣).

(٤) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٥٠٤، ٥٠٥): «فأمّا إن باع نصيبه لثلاثة في ثلاثة عقود متفرقة، ثم علم الشفيع، فله أيضاً أن يأخذ الثلاثة وله أن يأخذ ما شاء منهما، فإن أخذ نصيب الأول، لم يكن للآخرين مشاركته في شفعته؛ لأنهما لم يكن لهما ملك =

فإن أخذ من الأول فلا شركة للآخرين؛ لانتفاء ملكهما عند عقده، وإن أخذ من الثاني فلا شركة للثالث لذلك، ولكن للأول الشركة في أصح الوجهين، ولم يورد في «التلخيص»[١] سواه؛ لتقدم ملكه على شراء الثاني، وفي الآخر، لا؛ لأن ملكه مستحق الانتزاع، فكيف يكون سبباً لثبوت غيره؟!.

وإن أخذ من الثالث ففي شركة الأولين الوجهان.

وإن أخذ من الكل، ففي مشاركة الأول في الثاني والثالث، والثاني في الثالث، وجهان مر مثلهما في الصورة الأولى، فإن قيل بالشركة والمبيع متساو، فالسدس الأول للشفيع وثلاثة أرباع الثاني، وثلاثة أخماس الثالث، وللمشتري الأول ربع السدس الثاني، وخمس الثالث، وللمشتري الثاني الخمس الباقي من الثالث والمسألة من مائة وعشرين، للشفيع مائة وسبعة، وللمشتري الأول تسعة، والثاني أربعة[٢].

وإن قيل بالرؤوس: فللمشتري الأول نصف السدس الثاني وثلث

= حين بيعه، وإن أخذ نصيب الثاني وحده، لم يملك الثالث مشاركته لذلك، ويشاركه الثاني في شفعته؛ لأن ملكه سابق لشراء الثاني، فهو شريك حال شرائه، ويحتمل أن لا يشاركه؛ لأن ملكه حال شراء الثاني يستحق أخذه بالشفعة، فلا يكون سبباً في استحقاقها، وإن أخذ من الثالث وعفا عن الأولين، ففي مشاركتهما له وجهان. وإن أخذ من الثلاثة ففيه وجهان: **أحدهما**: أنه لا يشاركه أحدٌ منهم؛ لأن أملاكهم قد استحقها بالشفعة، فلا يستحق عليه بها شفعة، **والثاني**: يشاركه الثاني في شفعة الثالث».

وانظر: الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٣٤)، الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٦٣).

(١) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٦٣): «وجزم به في التلخيص».

(٢) قال ابن قدامة في المغني: «فعلى هذا كانت دار بين اثنين نصفين، فباع أحدهما نصيبه لثلاثة، في ثلاثة عقود، في كل عقدٍ سُدْساً، فللشفيع السدس الأول وثلاثة أرباع الثاني وثلاثة أخماس الثالث، وللمشتري الأول ربع السدس الثاني وخمس الثالث، وللمشتري الثاني خمس الثالث.

انظر: (٧/ ٥٠٥)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٣٤)، الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٦٣).

الثالث، وللثاني الثلث الباقي من الثالث، فتصح من ستة وثلاثين؛ للشفيع تسعة وعشرون، وللثاني خمسة وللثالث اثنان ذكر ذلك المصنف(١).

الصورة الثالثة: [١٩٨/ب] **تعدد البائع واتحد المشتري:**

بأن باع اثنان نصيبهما من واحد صفقة واحدة، فالمذهب(٢) أن للشفيع أخذ أحد النصيبين، وهو نص الشافعي(٣).

وفي «الكتاب»(٤) و«المحرر»(٥) وجه ليس له إلا أخذ الكل أو الترك، وهو ما قال القاضي في «الجامع الصغير»(٦) و«رؤوس المسائل»(٧)، وأبو

---

(١) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٥٠٥): «وإن قلنا إن الشفعة على عدد الرؤوس، فللمشتري الأول نصف السدس الثاني وثلث الثالث، وللثاني ثلث الثالث وهو نصف التسع، فتصح من ستة وثلاثين، للشفيع تسعة وعشرون، وللثاني خمسة، وللثالث سهمان، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٣٤)، الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٦٣، ٢٦٤).

(٢) قال المرداوي في الانصاف (٦/ ٢٦٤): «تعدد البائع والمشتري واحد. بأن باع اثنان نصيبهما من واحد صفقة واحدة، فللشفيع أخذ أحدهما. على الصحيح من المذهب، وعليه جماهير الأصحاب».

(٣) انظر: الحاوي (٧/ ٢٨٩). قال الماوردي: «شقص لرجلين باعاه صفقة واحدة على رجل واحد بثمن واحد، فعند الشافعي أن الشفيع بالخيار بين أن يأخذ المشتري جميع الشقص، وبين أن يأخذ منه حصة أحد البائعين دون الآخر»، وانظر: المحرر للرافعي (ص٧٢٣)، البيان للعمراني (٧/ ١٤٢).

(٤) يقصد الوجه الثاني الذي ذكره المصنف في المتن.

(٥) قال الإمام مجد الدين في المحرر (١٦/ ٣٦٦): «وإن تعدد البائع أو المبيع واتحد العقد فعلى وجهين».

(٦) قال القاضي أبو يعلى في الجامع الصغير ص(١٨٧): «وإذا اشترى الرجل مبيعاً من رجلين، فأراد الشفيع أن يأخذ نصيب أحد البائعين لم يكن له ذلك، وله أن يأخذ جميع المبيع أو يترك».

(٧) قال القاضي أبو يعلى في رؤوس المسائل (١/ ١٠٦): «دار بين ثلاثة باع نفسان لواحد أجنبي فللشريك المطالبة بالشفعة في إحدى الحصتين وبه قال الشافعي». وقال البهاء البغدادي في فتح الملك العزيز شرح الوجيز (٤/ ٢٥٦): «قال القاضي: =

حنيفة[١]، ومالك[٢]، والشافعية[٣] في وجه؛ لأنه تفريق لصفقة المشتري فيما يقبل الشفعة فامتنع كما لو اتحد البائع، وفي وصف القابلية احتراز عن التفرقة في الشقص والسيف، من جهة أن السيف لا يقبل الشفعة.

ووجه الأوَّل: وهو ما عليه الأصحاب[٤] حتى القاضي في «المجرد»[٥]؛ أن التشقيص إنما امتنع لترتب ضرر النقص، وهو منتف في محل النزاع، للدخول في ملكه متشقصاً، فلا يكون ممتنعاً؛ ولأنهما عقدان لتوقف نقل الملك عن كل واحد من البائعين على عقد، فملك الاقتصار على أحدهما كما لو كانا متعاقبين، أو المشتري اثنان.

لا يقال: لو كان الملك صفقتين لافتقر إلى قبولين[٦]، ولما صحَّ بقبول واحد؛ لأن القبول وإن اتحد صورة فهو متعدد معنى؛ لتعلقه بإيجابين[٧]، وتقديره: «قبلت هذا وقبلت هذا» فهو كقولك: رأيت

= لا يملك ذلك؛ لأن فيه تبعيضاً للصفقة على المشتري، وذلك ضرر عليه».

(١) انظر: المبسوط (١٤/ ١٠٤). قال السرخسي: «وإذا كان البائع اثنين في صفقة واحدة والمشتري واحد لم يكن للشفيع أن يأخذ بعضها دون بعض».

(٢) ورد عن الإمام مالك في المدونة (١٤/ ٤١٤): قلت: «فإن كان المشتري اشترى هذين النصيبين من رجلين مختلفين صفقة واحدة؟ (قال): قال الإمام مالك: ليس للشفيع أن يأخذ حظ أحد الرجلين دون الآخر لأن الصفقة واحدة والمشتري واحد فإما أن يأخذ الجميع أو أن يدع».

(٣) انظر: الوسيط (٤/ ٩٦) قال الغزالي: «وفيما إذا اتحد المشتري وتعدد البائع وجه أنه لا يأخذ إلا الكل».

(٤) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٥٠٤)، الهداية لأبي الخطاب (٣٢٤)، المستوعب للسامري (٢/ ٩١)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٣٦).

(٥) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٦٥): «قال بعضهم: اختاره القاضي في المجرد».

(٦) القبول بفتح القاف وحُكي ضمها، ويكون بعد الإيجاب؛ أي: بعد أن يقول البائع بعتك، أو ملكتك، أو نحوه بكذا. فيقول المشتري: ابتعت أو قبلت، ونحوه. ويصح أن يكون قبل الإيجاب، أو متراخياً عنه.
انظر: المغني لابن قدامة (٦/ ٧)، الروض المربع للبهوتي ص(٢٤٥).

الزيدين؛ أي: رأيت زيداً، ورأيت زيداً.

وإن قيل: لا يصح القياس على ما إذا كان المشتري اثنين[١]؛ لأن في الأخذ من أحدهما دون الآخر غرضا صحيحا، وهو كون المتروك أوفق شركة لمصالح[٢] الملك من المأخوذ منه، بخلاف ما إذا اتحد المشتري.

فنقول: ليس الموجب لجواز الأخذ من أحدهما ما ذكرتم، بدليل شراء الواحد للشقص صفقتين، فإنه مجوز للآخذ أحدهما دون الآخر، وليس إلا لتعدد الصفقة فقط.

فرع

على المذهب: دار بين ثلاثة، وكَّلَ أحدهم شريكه في بيع نصيبه مع نصيبه، فباعهما من واحد صفقةً واحدة فللشفيع أخذ النصيبين، وهل له أخذ أحدهما دون الآخر؟

قال في «المغني»[٣]: فيه وجهان: **أحدهما**: نعم؛ اعتباراً بتعدد البائع فكما لو توليا العقد. **والثاني**: لا؛ اعتباراً باتحاد المشتري مع

---

(١) يُقال: وجب البيع ويجب وجوباً، وأوجبه إيجاباً؛ أي: لزم وألزمه. انظر: لسان العرب (١/ ٧٩٣).

(٢) قال المرداوي: «جزم به في الفنون وقاسه على تعدد المشتري، بكلام يقتضي أنه محل وفاق». انظر: الانصاف (٦/ ٢٦٤).

(٣) **المصالح لغة**: من صلح كمنع، وكرم، وهو صِلح بالكسر وصالح وصليح، وأصحله ضد أفسده وإليه أحسن.
انظر: المحكم والمحيط الأعظم لابن سيدة (٣/ ١٥٢). قال البعلي: المصالح جمع مصلحة وهي مفعلة من الصلاح ضد الفساد. انظر: المطلع (١/ ٢١٩).

(٤) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٥٠٧): «وإذا كانت دار بين ثلاثة فوكل أحدهم شريكه في بيع نصيبه مع نصيبه، فباعهما لرجل واحد، فلشريكهما الشفعة فيه، وهل له أخذ أحد النصيبين دون الآخر؟ فيه وجهان: **أحدهما**: له ذلك؛ لأن المالك اثنان، فهما بيعان، فكان له أخذ نصيب أحدهما، كما لو توليا العقد، **والثاني**: ليس له ذلك؛ =

اتحاد الصفقة، فإن القبول واقع عن إيجاب واحد لصدوره مع واحد، فالقبول واحد لفظاً وتقديراً، بخلاف ما لو تولياه، وللشافعية[(١)] وجهان كالوجهين.

ويجري الوجهان [١٩٩/أ] أيضاً فيما لو وكل اثنان وكيلاً في بيع شقص، أو وكل واحد اثنين في البيع[(٢)]، وللشافعية[(٣)] وجهان كذلك.

الصورة الرابعة: التعدد بتعدد المبيع:

بأن باع شقصين من دارين صفقة واحدة من واحد، فللشفيع أخذهما جميعاً كما هو معلوم، وأمَّا إن أخذ أحدهما فالمذهب الجواز[(٤)].

وهو نص الشافعي[(٥)]، وقول زفر[(٦)]، واستدل له بأن سبب

= لأن الصفقة واحدة، وفي أخذ أحدهما تبعيض الصفقة على المشتري فلم يجز، كما لو كانا لرجل واحد».

(١) انظر: روضة الطالبين (٥/ ١٠٦) قال النووي: «فلو كانت الدار لثلاثة، فوكل أحدهم ببيع نصيبه وجوز له أن يبيعه مع نصيب نفسه إن شاء صفقة واحدة، فباع كذلك، فليس للثالث إذا قلنا الاعتبار بالعاقد ـ إلَّا أخذ الجميع أو ترك الجميع، وإن قلنا الاعتبار بالمعقود له، فله أن يأخذ حصة أحدهما فقط».

(٢) قال المرداوي: «لو اشترى الواحد لنفسه ولغيره بالوكالة شقصاً من واحد، فالحكم كذلك، لتعدد من وقع العقد له وكذا ما لو كان وكيلاً لاثنين واشترى لهما، وقيل الاعتبار بوكيل المشتري»، ذكره في «الرعاية». انظر: الانصاف (٦/ ٢٦٤).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٥/ ١٠٦) قال النووي: «ولو وكل وكيلاً في بيع شقص، أو شرائه، أو وكل وكيلين في بيع شقص، أو شرائه بالاعتبار بالعاقد أم بمن له العقد، فيه خلاف: فإذا قلنا الاعتبار بالعاقد فليس له إلا أخذ الجميع أو ترك الجميع، وإذا قلنا الاعتبار بالمعقود فله أن يأخذ حصة أحدهما».

(٤) انظر: المغني (٧/ ٤٨٣). قال ابن قدامة: «وإذا باع شقصين من أرضين، صفقة واحدة، لرجلٍ واحدٍ، والشريك في أحدهما غير الشريك في الآخر، فلهما أن يأخذا أو يقتسما الثمن على قدر القيمتين، وإن أخذ أحدهما دون الآخر، جاز ويأخذ الشقص الذي في شركته بحصته من الثمن، ويتخرج أن لا شفعة له، وليس له أخذهما معاً؛ لأن أحدهما لا شركة له فيه ولا هو تابع لما فيه الشفعة، فجرى مجرى =

الاستحقاق فيهما متغاير، فملك أخذ أحدهما، كما لو كان لكل منهما شفيع، وبأنه لو جرى مجرى الشقص الواحد، لوجب ما لو كان لكل منهما شفيع وترك أحدهما شفعته، أن للآخر أخذ الكل، والأمر بخلافه، وأيضاً فلا يفضي إلى تبعيض الشيء الواحد المؤدي إلى الضرر، وأيضاً فالضرر قد يلحقه بأرض دون أرض، فلا يكلّف[(١)] به.

وذكر أبو الخطاب[(٢)] احتمالاً بالمنع، وهو الوجه المشار إليه في

= الشقص والسيف، وإن كان الشريك فيهما واحداً فله أخذهما وتركهما؛ لأنه شريك فيهما، وإن أحب أخذ أحدهما دون الآخر، فله ذلك، وهذا منصوص عن الشافعي»، وانظر: الانصاف للمرداوي (٦/ ٢٦٤، ٢٦٥)، فتح الملك العزيز شرح الوجيز للبهاء (٤/ ٢٥٦)، معونة أولي النهى لابن النجار (٥/ ٤٣٩).

(١) قال الماوردي في الحاوي الكبير (٧/ ٢٨٢): «وأما إذا اشترى الرجل شقصين من دارين في صفقة واحدة بثمن واحد، لم يخل مستحق الشفعة فيها من أن يكون واحداً أو اثنين، لكل شقص منهما شفيع، وكان كل واحد منهما مجبر في أخذ ما في شفعته بحصته من الثمن أو تركه، فإن أخذا أو تركا، أو أخذ أحدهما وترك الآخر، فكله جائز، وإن كان مستحق الشفعة فيهما ففيه وجهان: **أحدهما**: وهو الأظهر من المذهب أن يأخذهما أو يتركهما، وليس له تفريق الصفقة بأخذ أحدهما، لاستحقاق الشفعة بينهما كما ليس له تفريقهما بأخذ البعض، **والوجه الثاني**: أنه يجوز له أن يأخذ أي الشفعتين شاء لتميزه، وأن الشفعة موضوعة لإزالة الضرر، وربما كان ضرره بأحدهما أكثر، ويلحقه بأخذ الآخر ضرر»، وانظر: الوسيط للغزالي (٤/ ٩٦)، البيان للعمراني (٧/ ١٤٢).

(٢) قال الكاساني في بدائع الصنائع (٥/ ٦): «وقال زفر: له أن يأخذ أحدهما بحصته من الثمن، ووجه قوله: أن المانع من أخذ البعض دون البعض، هو لزوم ضرر الشركة، ولم يوجد ههنا، لانفصال كل واحدة من الدارين عن الأخرى».

وزفر هو: أبو الهذيل، زفر بن الهذيل العنبري، فقيه مجتهد، ولد سنة (١١٠هـ) سمع الحديث، وغلب عليه الرأي، من أكبر تلامذة الشيخ أبي حنيفة، وتفقه له، مات سنة (١٥٨هـ). انظر: السير (٨/ ٣٨ ـ ٤١)، الشذرات (١/ ٢٤٣)، الفوائد البهية ص(٧٥ ـ ٧٧).

(٣) **التكليف لغة**: من كلف بالأمر يكلف كلفاً، والتكليف بالأمر فرضه على من يستطيع أن يقوم به، وجمعه: تكاليف.

انظر: المعجم الوسيط (٢/ ٧٩٥).

وفي الشرع: الخطاب بأمر أو نهي. انظر: روضة الناظر لابن قدامة (١/ ٤٦، ٤٧).

«الكتاب»[١]، وقول أبي حنيفة[٢]، ومالك[٣]، ووجه للشافعية[٤]؛ لاتحاد الصفقة، وإذاً إن اختاره سقطت الشفعة فيهما؛ لترك البعض مع إمكان أخذ الكل، فكما لو كان شقصاً واحداً، هذا ما إذا اتحد الشفيع فيها.

[و] إن كان لكل منهما شفيع فلهما أخذ الجميع وقسمة الثمن على القيمة، وليس لواحد منهما الانفراد بالجميع في أصح الوجهين، ذكره المصنف[٥]؛ لانتفاء شركته في أحدهما، نعم له الاقتصار على ما هو شريك فيه بحصته من الثمن، وافقه الآخر في الأخذ أو خالفه، وبه قال الشافعي[٦].

والوجه الثاني: انتفاء الشفعة بالكلية في مسألة الشقص والسيف،

---

(١) قال أبو الخطاب في الهداية (١/ ٣٢٤): «فإن اشترى شقصين من أرضين صفقة واحدة، فللشفيع أن يأخذ أحدهما، ويحتمل أن لا يجوز».

(٢) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٨٣): «ويحتمل أن لا يملك ذلك ومتى اختاره سقطت الشفعة فيهما؛ لأنه أمكنه أخذ المبيع كله، فلم يملك أخذ بعضه، كما لو كان شقصاً واحداً».

(٣) قال السرخسي في المبسوط (١٤/ ١٥٩): «وإذا اشترى الرجل دارين صفقة واحدة وشفيعهما واحد، فأراد أخذ إحداهما دون الأخرى فليس له ذلك، وكذلك لو كانت أرضين أو قرية وأرضيها، أو قريتين وأرضيهما، وهو شفيع ذلك».

(٤) انظر: المدونة لمالك بن أنس (١٤/ ٤١٤): «قلت»: لو أن رجلاً اشترى نصيباً في دارين صفقة واحدة، وشفيعهما واحد، فقال الشفيع: أنا آخذ إحدى الدارين وأسلم الأخرى، وقال المشتري: خذ الكل أو اترك. (قال): قال مالك: يقال للشفيع: خذ الجميع أو دع».

(٥) قال الرافعي في فتح العزيز شرح الوجيز (١١/ ٤٨٩): «ولو باع شقصين من دارين صفقة واحدة، فإن كان الشفيع في أحدهما غير الشفيع في الأخرى، فلكل واحد منهما أن يأخذ ما هو شريك فيه، وافقه الآخر في الأخذ أم لا، وإن كان الشفيع فيهما واحداً فوجهان: أحدهما، ويروى عن أبي حنيفة، أنه لا يجوز؛ لأن الصفقة متحدة، وأصحهما: الجواز؛ لأنه لا يفضي إلى تبعيض الشيء، وهذا التبعيض هو الذي يوجب الضرر»، روضة الطالبين للنووي (٥/ ١٠٧).

(٦) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٨٣).

(٧) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز (١١/ ٤٨٩)، روضة الطالبين للنووي (٥/ ١٠٧).

بجامع انتفاء شفعته في أحدهما[١].

فصل

وللتعدد صورة خامسة:

وهي أن يبيع اثنان نصيبهما من اثنين صفقة واحدة، فالتعدد واقع في الطريقين، ولهذا قال أصحابنا[٢]، وأصحاب الشافعي[٣]، هي بمثابة أربع صفقات، إذ عقد الواحد مع الاثنين، عقدان، فللشفيع أخذ الكل أو ما شاء منها، وذلك خمسة أخيرة، أخذ الكل، أخذ نصفه وربعه منهما، أخذ نصفه منهما، أخذ نصفه من أحدهما، أخذ ربعه من أحدهما، ذكره القاضي وابن عقيل[٤]، وغيرهما[٥].

«قال: وإن باع شقصاً وسيفاً، فللشفيع أخذ الشقص بحصته من الثمن، ويحتمل ألا يجوز[٦]، وإن تلف بعض المبيع فله أخذ الباقي بحصته من الثمن، وقال ابن حامد: إن كان تلف بفعل الله تعالى فليس

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٨٣)، الانصاف للمرداوي (٦/ ٢٦٤، ٢٦٥)، فتح الملك العزيز للبهاء (٤/ ٢٥٦)، معونة أولي النهى لابن النجار (٥/ ٤٣٩).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٥٠٤)، قال ابن قدامة: «فإن باع اثنان نصيبهما من اثنين، فهي أربعة عقود، وللشفيع أخذ الكل أو ما شاء منهما»، وانظر: المستوعب للسامري (٢/ ٩١)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٣٢).

(٣) قال النووي في روضة الطالبين (٥/ ١٠٦): «ولو باع اثنان نصيبهما من اثنين بعقد واحد، فهو كأربعة عقود تفريعاً على الأظهر، إن أخذ الجميع أو ثلاثة أرباعه، وهو نصيب أحد المشترين، ونصف نصيب الآخر، أو يأخذ ربع الجملة وهو نصف نصيب أحدهما».

(٤) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٦٥): «ذكره القاضي وابن عقيل وغيرهما».

(٥) انظر: المستوعب للسامري (٢/ ٩١)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٣٢)، المبدع لابن مفلح (٥/ ٢١٦).

(٦) **الجواز في اللغة:** الصحة والنفاذ، ومنه أجزت العقد: جعلته جائزاً نافذاً.
والجواز عند الفقهاء يطلق على ما ليس بلازم، والجائز: ما للعاقد فسخه بكل حال =

[له](١) أخذه إلا بجميع الثمن»(٢).

فيه مسألتان:

الأولى: جمعت الصفقة ما يقبل الشفعة وما لا يقبلها(٣)، كشقص معه سيف أو ثوب ونحوهما.

فنصَّ أحمد(٤) ـ رَحِمَهُ اللهُ [تعالى] ـ على أن الشفيع يأخذ الشقص فقط بحصته من الثمن.

قال بكر بن محمد بن الحكم(٥) عن ابنه(٦) عن أبي عبد الله، وسأله عن رجل اشترى شقصاً في دار وعرضاً وحيواناً صفقة واحدة،

= إلا أن يؤول إلى اللزوم. وأيضاً يستعملون الجواز فيما قابل الحرام فيكون لرفع الحرج، فيشمل: الواجب والمستحب والمباح والمكروه.
انظر: المصباح المنير ص(٦٤)، مادة: (جاز)، المنثور في القواعد (٢/ ٧)، المسودة ص(٥١٦).

(١) ساقطة من المخطوط، وأثبتها لتمام المعنى، وكما أورده ابن مفلح في كتابه المبدع (٥/ ٢١٦)، فقد قال: «وقال ابن حامد: إن كان تلفها بفعل الله تعالى، فليس له أخذه إلا بجمع الثمن».

(٢) انظر: المقنع لابن قدامة المخطوط (٥٨/ ب)، والمطبوع (٢/ ٢٧).

(٣) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٨٢): «وإذا باع شقصاً مشفوعاً، ومعه ما لا شفعة فيه؛ كالسيف والثوب في عقد واحد، ثبتت الشفعة في الشقص بحصته من الثمن دون ما معه، فيقوَّم كل واحدٍ منهما، ويُقسم على قدر قيمتها، فما يخص الشقص يأخذه الشفيع». وانظر: المحرر لأبي البركات (١/ ٣٦٦)، شرح الزركشي (٤/ ٢٠١).

(٤) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٦٦): «هذا الصحيح من المذهب، «نص عليه، وعليه الأصحاب».
وانظر: المبدع شرح المقنع لابن مفلح (٥/ ٢١٦).

(٥) محمد بن الحكم هو: أبو أحمد النسائي، البغدادي المنشأ، عنده مسائل كثيرة جداً، سمعها من أبي عبد الله، كان أبو عبد الله يقدمه ويكرمه، وكان فوزان يحكي عنه كثيراً في مسائله.
انظر: طبقات الحنابلة (١/ ١١٩، ١٢٠)، المقصد الأرشد (١/ ٢٨٩)، معجم الكتب (١/ ٣٠).

(٦) هو: عبد الله بن الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، أبو عبد الرحمن البغدادي، ولد سنة =

فأراد الشريك شفعته، فقيل له: خذ كله أو اتركه كله، قال: له الشفعة في الدار بالحصة من الثمن ليس عليه أن يأخذه كله. انتهى[(١)].

وبه قال الأئمة الثلاثة[(٢)]، والثوري[(٣)]، .... وابن شبرمة[(٤)].

= (٢١٣هـ) قال الخطيب: «كان ثقةً ثبتاً فهماً. وقع لعبد الله عن أبيه مسائل جياد، يغرب فيها كثيراً بأشياء كثيرة في الأحكام، له كتاب: «الرد على الجهمية»، وكتاب «الجمل». توفي سنة (٢٩٠هـ).

انظر: طبقات الحنابلة (١/ ١٨٠ ـ ١٨٨)، تذكرة الحفاظ (٢/ ٦٦٥، ٢٦٦)، السير (١٣/ ٥١٦ ـ ٥٢٦).

(١) لم أجده بهذه اللفظ. وقد وجدت في رواية ابنه عبد الله أنه قال: قال أبي: «ولا أرى الشفعة إلا في الدور والأرضين وليس فيما سوى ذلك شفعة». انظر: مسائل أحمد بن حنبل رواية ابنه عبد الله (١/ ٢٩٧).

(٢) انظر: البحر الرائق شرح كنز الرقائق (٨/ ١٥٧)، ورد فيه قوله: (٨/ ١٥٧): «ولنا ما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: «لا شفعة إلا في ربع أو حائط»، ولأن الأخذ بالشفعة ثبت على خلاف القياس، فلا يجوز إلحاق المنقول به؛ لأنه ليس في معنى العقار»، وانظر: المبسوط للسرخسي (١٤/ ١٣٥).

وفي مذهب المالكية: قال ابن عبد البر في الاستذكار: «من اشترى شقصاً في دار وأرض وحيواناً وعروضاً في صفقة واحدة فطلب الشفيع شفعته في الدار والأرض، فقال المشتري: خذ ما اشتريت جميعاً، فإني إنما اشتريت جميعاً قال مالك: بل يأخذ الشفيع شفعته في الدار والأرض بثمنها من ذلك الثمن، يقال: كل شيء اشتراه من ذلك على حدة على الثمن الذي اشتراه به، ثم يأخذ الشفيع شفعته بالذي يصيبها من القيمة من رأس الثمن، ولا يأخذ من الحيوان والعروض شيئاً إلا أن يشاء ذلك»، انظر: (٧/ ٧٨)، المدونة لمالك (١٤/ ٤٠٢)، التاج والإكليل (٥/ ٣٢٠).

وفي مذهب الشافعية: قال النووي في روضة الطالبين (٥/ ٨٨): «إذا اشترى مع الشقص منقولاً كسيف وثوب صفقة واحدة، وزع الثمن عليها على اعتبار قيمتها، وأخذ الشفيع الشقص بحصته من الثمن، وتعتبر قيمتها يوم البيع»، وانظر: البيان للعمراني (٧/ ١١٩).

(٣) انظر: المغني (٧/ ٤٤٠) قال ابن قدامة: «روي عن الحسن والثوري والأوزاعي والعنبري وقتادة وربيعة وإسحاق: «لا شفعة في المنقولات» والثوري هو: سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري، أبو عبد الله الكوفي الإمام الفقيه، أمير المؤمنين في الحديث، ولد سنة سبع وتسعين، كان صاحب مذهب، قال النسائي: هو أجل من أن =

وقال أبو الخطاب[١]: يتخرج ألا يأخذ بناءً على تفريق الصفقة، وهو احتمال المصنف[٢]، وقول أهل البصرة[٣]، عثمان البتي، وسوار بن عبد الله[٤] وعبيد الله بن الحسن[٥] العنبريين، وأبي محمد الظاهري[٦]؛

= يقال عنه ثقة، مات سنة (٢٦١هـ). انظر: تذكرة الحفاظ (١/ ٢٠٣ ـ ٢٠٧)، السير (٧/ ٢٢٩ ـ ٢٧٩)، تهذيب التهذيب (٤/ ٩٩ ـ ١٠٢).

(١) انظر: المحلى (٩/ ٥٧). قال ابن حزم: «وقال أبو حنيفة في المشهور عنه، وسفيان، ومالك، وابن شبرمة، والشافعي يأخذ الشقص بحصته من الثمن».
وابن شبرمة هو: عمارة بن القعقاع بن شبرمة، الضبي الكوفي، مكثر عن أبي زرعة البجلي، من بني ضبية، وثقة ابن معين، وكان أسن من ابن عمه وأفضل، مات سنة (١٤٤هـ). انظر: تهذيب الكمال (١/ ٢٦٢)، الثقات (٧/ ٢٦٠)، طبقات خليفة (١/ ١٦٤).

(٢) انظر: الهداية (٣٢٤). قال أبو الخطاب: «يتخرج ألا يأخذ بتفريق الصفقة، وينتزع الشفيع المبيع من يد المشتري، وعهدته عليه، فإن امتنع المشتري من القبض فقال شيخنا: يجبره الحاكم على القبض، ثم يأخذه الشفيع».
وأبو الخطاب هو: محفوظ بن أحمد الكلوذاني البغدادي، الفقيه، أحد أئمة المذهب الحنبلي وأعيانه، كان مولده سنة (٤٣٢هـ)، درس الفقه على القاضي أبي يعلى، ولزمه حتى برع في المذهب والخلاف له مسائل ينفرد بها عن الأصحاب، من مصنفاته: «الهداية» في الفقه، و«الخلاف الكبير» المسمى: «الانتصار في المسائل الكبار». توفي سنة (٥١٠هـ).
انظر: طبقات الحنابلة (٢/ ٢٥٨)، السير (١٩/ ٣٤٨ ـ ٣٥٠)، تذكرة الحفاظ (٤/ ١٢٦٧)، الذيل في طبقات الحنابلة (١/ ١١٦ ـ ١٢٧).

(٣) انظر: المتن ص(. . .)، قال المصنف ابن قدامة: «ويحتمل ألا يجوز»، وقال في المغني (٧/ ٤٨٣): «ويحتمل ألا تجب الشفعة لئلا تتبعض صفقة المشتري، وفي ذلك إضرار به، فأشبه ما لو أراد الشفيع أخذ بعض الشقص».

(٤) قال ابن نجيم في البحر الرائق (٨/ ١٦٥): «ولو اشترى الدار بمتاع فيها صفقة واحدة فالشفيع يأخذ الدار مع المتاع أو يدع الكل»، وانظر: المبسوط للسرخسي (١٤/ ١٥٩)، الفتاوى الهندية (٥/ ١٧٥).

(٥) قال ابن حزم في المحلى (٩/ ٩٧): «ومن باع شقصاً وسلعة صفقة واحدة؛ ليس له إلا أن يأخذ الكل أو يترك الكل وهذا قول عثمان البتي، وسوار بن عبد الله بن الحسن، وروي أيضاً عن أبي حنيفة».
عثمان البتي هو: الفقيه أبو عمرو البصري، بياع البيوت، اسم أبيه مسلم، ويقال: =

لأنه تشقيص للصفقة، فأشبه أخذ البعض من الشقص(١).

ولنا: أن القابل مستحق الأخذ عملاً بالنص(٢) وما ليس قابلاً غير مستحق عملاً بالأدلة(٣)، فيلزم التشقيص، أو نقول: عدم التفريق يلزم منه

= مسلم، ويقال سليمان وأصله من الكوفة، وثقة أحمد والدارقطني، وهو قليل الحديث لكنه من كبار الفقهاء، قال ابن سعد: ثقة له أحاديث، وكان صاحب رأي وفقه، مات سنة (١٤٣هـ). انظر: المعين في طبقات المحدثين (١/ ٥٥)، خلاصة تهذيب الكمال (١/ ٢٦٢)، الكنى والأسماء (١/ ٥٦٧)، تاريخ الإسلام (٨/ ٤٨٠).

سوار بن عبد الله هو: القاضي البصري، سوار بن عبد الله بن قدامة العنبري، القاضي البصري، قال شعبة: ما تغنى في طلب العلم وقد ساد، وقال الثوري: ليس بشيء. قلت: كان من نبلاء القضاة، وكان ورعاً، مات سنة (١٥٦هـ). انظر: ميزان الاعتدال في نقد الرجال (٣/ ٣٤٢).

(١) عبيد الله بن الحسن هو: قاضي البصرة، عبيدالله بن الحسن بن الحصين بن الحر بن الخشخاش العنبري البصري التميمي، كان فقيهاً ثقةً، روى عن خالد الحذاء وداود بن أبي هند وسعيد الحريري، وروى عنه معاذ بن معاذ وابن عهدي، وولي القضاء سنة (١٥٦هـ) بعد سوار بن عبد الله العنبري، توفي في ذي القعدة سنة (١٦٨هـ) وقيل (١٧٨هـ).

انظر: رجال مسلم (٢/ ١٠)، المنتظم (٨/ ٩٨).

(٢) أبو محمد الظاهري: هو الإمام العلّامة، الحافظ الفقيه المجتهد، علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، الفارسي الأصل ثم الأندلسي القرطبي، اليزيدي، ولد سنة (٣٨٤هـ)، كان شافعياً، ثم انتقل إلى القول بالظاهر، ونفى القول بالقياس، وتمسك بالعموم، والبراءة الأصلية، من مؤلفاته: «المجلّى» في الفقه، و«المحلى» شرح المجلى بالصحيح والآثار، و«الإحكام في أصول الأحكام»، «والفصل في الملل والنِحل»، توفي سنة (٤٥٦هـ) وقيل (٤٥٧هـ).

انظر: تذكرة الحفاظ (٣/ ١١٤٦ ـ ١١٥٥)، السير (١٨/ ٨٤ ـ ٢١٢).

(٣) قال أبو الخطاب في الهداية (٣٢٤): «وقياس المذهب: أنه يأخذه من يد البائع؛ لأن المبيع المعين يلزم من غير قبض، ويكون حكمه كما لو أخذ من يد المشتري، ولا يجوز للشفيع أن يأخذ بعض الشقص»، وانظر: المحلّى لابن حزم (٩/ ٩٧).

(٤) **النص في اللغة**: الظهور، يقال: نصت الظبية جيدها إذا رفعته، ومنه سميت منصة العروس بذلك.

اصطلاحاً: اختلف في تعريفه على أقوال:

الأول: ألا يحمل اللفظ إلا معنى واحداً، أو هو اللفظ الذي دل على الحكم بصريحه على وجه لا احتمال فيه.

الثاني: النص الذي دلالته قوية الظهور، وهذا اصطلاح الفقهاء. =

أحد أمرين: إمَّا الاستشفاع لما لا شفعة فيه، وإما الالزام بترك ما فيه الشفعة، وكلاهما خلاف النص.

فإن قيل: يلزم مما ذكرتم مخالفة النص النافي للضرر(١)؛ لما فيه من ضرر التشقيص.

قلنا: دل الدليل على أن الأسباب يعود أثرها على متسببها، وما نحن فيه من هذا القبيل يجمع المشتري بين ما يقبل وما لا يقبل، فيكون الضرر الناشئ عنه لاغياً في حقه، فلا يدخل في النص النافي للضرر(٢)؛ ولأن السيف لا يقبل ولا [تبع](٣) ما يقبل فلا يستحق أخذه كما لو

= **الثالث**: لفظ الكتاب والسُّنَّة وهذا اصطلاح الجدليين. وقال ابن بدران: النص ما دل على معنى قطعاً ولا يحتمل غيره قطعاً كأسماء الأعداد نحو واحد واثنين وثلاثة، وهذا التعريف هو مراد الإمام أحمد بقولهم: نص عليه أحمد أو هو منصوص أحمد. المدخل (١/ ١٨٧)، وانظر: البرهان في أصول الفقه للجويني (١/ ٢٧٩)، الإبهاج (١/ ٢١٥)، البحر المحيط في أصول الفقه للزركشي (١/ ٣٧٣).

(١) من الأدلة التي تبين وجوب الشفعة فيما لا يمكن قسمته: قوله عليه الصلاة والسلام فيما رواه عنه جابر رضي الله عنه قال: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود، وصرفت الطرق، فلا شفعة». أخرجه البخاري في صحيحه، باب: بيع الشريك من شريكه برقم (٢٠٩٩) (٢/ ٧٧٠)، وباب: بيع الأرض والدور والعروض برقم (٢١٠٠) (٢/ ٧٧٠)، من كتاب البيوع، وكذلك في باب: الشفعة فيما لم يقسم... من كتاب الشفعة، برقم (٢١٣٨)، (٢/ ٧٨٧)، وفي باب: الشركة في الأرضيين وغيرها برقم (٢٣٦٣)، (٢/ ٨٨٣)، وباب: إذا اقتسم الشركاء...، من كتاب الشركة برقم (٢٣٦٤)، (٢/ ٨٨٤).

وقوله عليه الصلاة والسلام: «**لا شفعة في فناء ولا طريق ولا منقبة**». والمنقبة: الطريق الضيق. رواه أبو الخطاب في رؤوس المسائل.

انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٤٠).

(٢) قوله عليه الصلاة والسلام: «**لا ضرر ولا ضرار**». سبق تخريجه.

(٣) قال القاضي أبو الحسين في التمام (٢/ ٨٤): «أن الشفعة وجبت لإزالة الضرر، وذلك أن الشريك ربما يطالب شريكه بالقسمة، ويلزمه بأجرة القاسم وربما لحقه ضرر بالقسمة؛ لأنه كان ينتفع بالملك حال الاشتراك منفعة تامة، ولا يحصل له ملك المنفعة بعد القسمة».

أفرده[١]، ولربما أدى أخذ الجميع إلى الإضرار بهما؛ فإن المشتري قد يُريد السيف وهو الظاهر من أخذه فيفوت[٢] عليه، والشفيع قد لا يُريده فيبذل الثمن فيما لا ينتفع به[٣]، ولا يتمشى القياس على بعض الشقص؛ لأنه ترك لما تثبت الشفعة فيه بخلاف مسألتنا[٤].

إذا تقرر هذا فنقول: الشقص على حدة والسيف على حدة، ثم

---

(١) في المخطوط: (منع)، والمثبت في النص هو المتفق مع السياق.

(٢) قال ابن قدامة في الشرح الكبير (١٥/ ٤٤٠): «ولنا أن السيف لا شفعة فيه، ولا هو تابع لما فيه الشفعة، فلم يؤخذ بالشفعة، كما لو أفرده، والضرر اللاحق بالمشتري هو ألحقه بنفسه، لجمعه في العقد بين ما ثبتت فيه الشفعة وما لا تثبت»، وانظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٨٣).

(٣) **الفوت لغة**: من فات الشيء فوتاً، وتفاوت الشيئان: تباعد ما بينهما.
انظر: مجمل اللغة لابن فارس ص(٥١١)، مادة: (فوت).
وقد يكون الفوات بخمسة أشياء: **الأول**: تغير الذات وتلفها كالموت، والعتق، وهدم الدار وكحرث الأرض، وقلع غرس وفناء الشيء جملة كأكل الطعام، **الثاني**: حوالة الأسواق، **الثالث**: البيع، **الرابع**: حدوث عيب، **الخامس**: تعلق حق الغير كرهن السلعة. انظر: القوانين الفقهية لابن جزي (١/ ١٧٢).

(٤) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٨٣): «ولأن في أخذ الكل ضرراً بالمشتري أيضاً؛ لأنه ربما كان غرضه في إبقاء السيف له، ففي أخذه منه إضراراً به من غير سبب يقتضيه»، وانظر: الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٤٠).

(٥) قال ابن حزم في المحلى (٩/ ٩٧): «والأولى عندنا أن الشريك أحق بجميع الصفقة إن أراد ذلك؛ لأنها صفقة واحدة، وعقد واحد إما تصح فتصح كلها، وإما تفسد فتفسد كلها، ولا يمكن تبعيض عقد واحد بتصحيح بعضه وإفساد بعضه إلا بنص وارد في ذلك».
قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٨٣): «وإذا باع شقصين من أرضين، صفقة واحدة، لرجل واحد، والشريك في أحدهما غير الشريك في الآخر، فلهما أن يأخذا ويقتسما الثمن على قدر القيمتين، وإن أخذ أحدهما دون الآخر، جاز، ويأخذ الشقص الذي في شركته بحصته من الثمن، ويتحرج أن لا شفعة له، وليس له أخذهما معاً؛ لأن أحدهما لا شركة فيه، ولا هو تابع لما فيه الشفعة فجرى مجرى الشقص والسيف وإن كان الشريك فيها واحداً، فله أخذهما وتركهما؛ لأنه شريك فيهما، وإن أحب أخذهما دون الآخر فله ذلك».

يقسم الثمن على القيمتين، مثاله: الثمن ألف، وقيمة الشقص مائتان، والسيف مائة، فله الشقص بثلثي الألف والسيف متروك بالباقي(١)، ثم القيمة معتبرة بيوم البيع؛ لأنه يوم وجوب الشفعة.

وإن قيل الملك لا ينتقل في زمن الخيار(٢)، اعتبرت بزمن انقضائه؛ لانعقاد الموجب به إذاً لا بما قبله(٣). [١٩٩/ب]

فصل

وأخذ الشفيع للشقص لا يثبت خيار التفريق للمشتري، قاله في «التلخيص»(٤)، وهو قول الشافعي(٥)، وغيره؛ لأنه دخل على بصيرة، وإن جهل حكم الأخذ لم يلتفت إليه؛ لمكان التفريط.

---

(١) قال ابن قدامة في الشرح الكبير (١٥/ ٤٤٠): «إذا باع شقصاً مشفوعاً ومعه ما لا شفعة فيه؛ كالسيف، والثوب في عقد واحد، ثبتت الشفعة في الشقص بحصته من الثمن دون ما معه، فيقوَّم كل واحد منهما، ويقسم الثمن على قدر قيمتها، فما يخص الشقص يأخذ به الشفيع».

(٢) الخيار: هو طلب خير الأمرين، أما إمضاء البيع، أو فسخه. انظر: النهاية في غريب الأثر (٢/ ٩١)، المطلع ص(٢٣٤)، الدر النقي (٢/ ٤٤٠).
قال ابن قدامة: «وعن أحمد أن المِلك لا ينتقل حتى ينقضي الخيار». انظر: المغني (٦/ ٢٠).
وقال المرداوي في الإنصاف (٤/ ٣٧٠): «إن تصرف المشتري والبائع في مدة الخيار محرم عليهما، سواء كان الخيار لهما، أو لأحدهما، قاله كثير من الأصحاب وقطع به جماعة».

(٣) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٨١): «وإن كان الثمن مما تجب قيمته، فإنها تعتبر وقت البيع؛ لأنه وقت الاستحقاق ولا اعتبار بعد ذلك بالزيادة، أو النقص. وإن كان فيه خيار، اعتبرت القيمة حين انقضاء الخيار لاستقرار العقد؛ لأنه حين استحقاق الشفعة»، وانظر: شرح الزركشي (٤/ ٢٠١).

(٤) قال المرداوي: «فائدة: أخذ الشفيع للشقص؛ لا يثبت خيار التفريق للمشتري. قاله في التلخيص، وغيره». انظر: الإنصاف (٦/ ٢٦٦).

(٥) قال الغزالي في الوسيط: «إذا اشترى شقصاً وسيفاً، بألف، وقيمة السيف مائة، وقيمة =

• **المسألة الثانية: تلف بعض المبيع قبل الأخذ**، وله حالتان:

إحداهما: وقوع التلف بإتلاف متلف كنقض الأبنية وإحراق السقوف وغيرهما، وذلك ضربان:

أحدُهما: حصوله بفعل المشتري، فللشفيع أخذ ما بقي بالحصة من الثمن(١). قال سندي الخواتيمي(٢): «قيل لأحمد: رجل اشترى داراً فهدمها، ثم جاء الشفيع كيف يأخذها؟ قال: كم قيمة الدار؟ قيل: ألفين، واشتراها بألف ثم هدمها، فصار قيمتها ألفاً، قال: يأخذها الشفيع بخمسمائة؛ لأنه إنما يأخذها بالقيمة من الثمن»(٣).

وقال أحمد بن القاسم(٤): سئل أحمد عن الرجل يشتري الدار فيهدمها، ولرجل فيها شفعة، ثم تقدم الشفيع كيف يأخذها؟ قال:

= الشقص مائتان، أخذ الشقص بثلثي الألف وترك السيف بالباقي ثم لم يكن للمشتري خيار التبعيض؛ لأنه دخل على بصيرة من الأمر». انظر: (٤/ ٨٣).

(١) انظر: المحرر لأبي البركات (٣٦٦)، قال: «وليس للشفيع أخذ بعض الشقص إلَّا أن يتلف بعضه؛ فإنه يأخذ الباقي بقسطه من الثمن»، وانظر: الكافي لابن قدامة (٢/ ٤٣١)، الفروع لابن مفلح (٤/ ٤١١).

(٢) هو: سندي، أبو بكر الخواتيمي البغدادي، قال أبو بكر الخلال: هو من حوار أبي الحارث مع أبي عبد الله، فكان داخلاً مع أبي عبد الله ومع أولاده في حياة أبي عبد الله. سمع من الإمام مسائل صالحة.
انظر: طبقات الحنابلة (١/ ١٧٠، ١٧١)، المقصد الأرشد (١/ ٤٣٢، ٤٣٣).

(٣) قال ابن مفلح في المبدع (٥/ ٢١٦): «فلو اشترى داراً بألف تساوي ألفين، فباع بابها، أو هدمها، فبقيت بألف، أخذها بخمسمائة بالقيمة من الثمن. نص عليه»، وانظر: الفروع لابن مفلح (٤/ ٤١١).

(٤) لم يتبين لي من المقصود به، هل هو أحمد بن القاسم صاحب أبي القاسم عبيد الله بن سلَّام، أم أحمد بن القاسم الطوسي.
أما الأول: فقد حدث عن الإمام أحمد بمسائل كثيرة. انظر ترجمته في: طبقات الحنابلة (١/ ٥٥، ٥٦)، المقصد الأرشد (١/ ١٥٥، ١٥٦).
وأما الثاني: فقد حكى عن الإمام أشياء، منها قال: كان أحمد بن حنبل إذا نظر إلى نصراني غمض عينيه، فقيل له في ذلك، فقال: لا أقدر أن انظر إلى من افترى =

يأخذها بالقيمة.

وقال ابن منصور[(١)]: قلت لأحمد: رجل باع داراً بألف درهم، ثم باع بابها بألف، ثم جاء الشفيع فقومت الدار بعد بألف. قال: يأخذها الشفيع الدار بخمسمائة[(٢)].

قال في «المستوعب»[(٣)]: «ويتصور ذلك بأن يكون دور جماعة مشتركة فيبيع أحد الشريكين حصته من الجميع مشاعاً[(٤)]، ويظهرا في الثمن زيادة تترك الشفعة لأجلها، ويقاسم[(٥)] بالمهايأة، فيحصل للمشتري دار كاملة، أو يظهرا انتقال الشقص من جميع الأملاك بالهبة[(٦)]، فيقاسم

= على الله كذباً عليه. انظر ترجمته في: طبقات الحنابلة (١/ ٥٦)، المقصد الأرشد (١/ ١٥٦).

(١) ابن منصور: هو أحمد بن منصور بن يسار بن معارك البغدادي، الرمادي، صنف المسند، وأكثر السماع، وكان ذا حفظ ومعرفة، وثقة أبو حاتم، روى عن ابن حنبل وزيد، وروي عنه ابن ماجه وآخرون، ولد سنة (١٨٢هـ) عاش (٨٣) سنة، ومات سنة (٢٦٥هـ).

انظر: تذكرة الحفاظ (٢/ ٥٦٤).

(٢) ذكر هذه المسألة السامري في المستوعب ونسبها إلى ابن أبي موسى، انظر: (٢/ ٩٨).

وذكر هذه المسألة ابن مفلح في المبدع (٥/ ٢١٦)، ثم قال: نص عليه، ولم ينسبها إلى قائل، وكذلك ابن البهاء في فتح العزيز شرح الوجيز (٤/ ٢٥٧).

(٣) قال السامري في المستوعب (٢/ ٩٨): «أو يظهرا أن الشقص انتقل بالبيع لا بالهبة، أو يقدم الموكل فيطالب بالشفعة».

(٤) **المشاع لغة**: يقال سهم مشاع وشائع؛ أي: غير مقسوم. ونصيب فلان شائع في جميع هذه الدار ومشاع فيها؛ أي: ليس بمقسوم ولا معزول.
انظر: مختار الصحاح (١/ ١٤٨)، لسان العرب (٨/ ١٩١).

المشاع **في اصطلاح الفقهاء**: هو كل حق مشترك غير مقسوم بين عدد مشترك حيث لا يتميز نصيب أحد الرجلين أو الرجال عن نصيب غيره. انظر: كفاية الأخيار (١/ ١٧٧)، أسنى المطالب (٢/ ٢٥٢)، قواعد الفقه (١/ ٥٤٦).

(٥) **القسمة لغة**: القسم مصدر قسمت الشيء فانقسم، وقاسمه المال وتقاسماه، واقتسماه، والقسم بكسرها: النصيب المقسوم، وأصله: تمييز بعض الأنصباء من =

أو يوكل الشريك وكيلاً في استيفاء حقوقه ويسافر، فيبيع شريكه حصته في الجميع، فيرى الوكيل أن الحظ لموكله في ترك الشفعة فلا يُطالب بها ويقاسم بالوكالة، فيحصل للمشتري دار كاملة فيهدمهما، ثم يعلم الشفيع مقدار الثمن بالبينة أو بإقرار المشتري. ثم قال: وعلى إحدى هذه الصور تخرج المسألة؛ يعني: التي رواها ابن منصور(١).

وبما قلنا(٢)، قال أبو حنيفة(٣)، ....

ومالك(٤)، والثوري(٥)، والعنبري(٦)، والشافعي(٧) في الأصح؛ لأن

= بعض، وإفرازها عنه. انظر: الصحاح للجوهري (٨٥٩، ٨٦٠).
شرعاً: تمييز بين الحقوق الشائعة بين المتقاسمين. انظر: أنيس الفقهاء ص(٢٧٢).
والقسمة بالمهايأة هي: قسمة المنافع. انظر: المحرر لابن تيمية (١/ ٢٣٣)، التعريف للجرجاني (١/ ٣٠٣)، التعاريف للمناوي (١/ ٦٨٦).

(١) **الهبة لغة**: من وهب له شيئاً يهب وَهْباً. ووَهَباً بالتحريك وهِبَةً، وأوهب لك الشيء أمكنك أن تأخذه وتناله. والهبة: العطية الخالية عن الأعواض والأغراض. انظر: مختار الصحاح (١/ ٣٠٧)، لسان العرب (١/ ٨٣).
شرعاً: تمليك جائز التصرف، مالاً معلوماً أو مجهولاً تعذر علمه، موجوداً مقدوراً على تسليمه، غير واجب في الحياة بلا عوض، بما يعد هبة عرفاً من قول أو فعل بالمعاطاة. انظر: شرح العمدة لابن البهاء (٢٨٠)، الروض المربع للبهوتي (٣٥٧)، شرح اخصر المختصرات لابن جمعة (٥٢١).

(٢) ولكن ذكر في المستوعب أن الذي رواها ابن أبي موسى قال السامري: «وعلى إحدى هذه الصور تخرج المسألة التي ذكرها ابن أبي موسى: إذا اشترى داراً بألف، فباع بابها بألف وكان قيمة الدار بعد ذلك ألفاً، فطالب الشفيع بالشفعة، كان له أخذها بخمسمائة». انظر: (٢/ ٩٨).

(٣) انظر: المغني (٧/ ٤٧٨) قال ابن قدامة: «وإن تلف الشقص أو بعضه في يد المشتري، فهو من ضمانه؛ لأنه ملكه تلف في يده، ثم إن أراد الشفيع الأخذ بعد تلف بعضه، أخذ الموجود بحصته من الثمن، سواء كان التلف بفعل الله تعالى أو بفعل آدمي، وسواء تلف باختيار المشتري، كنقضه للبناء، أو بغير اختياره، مثل أن انهدم، ثم إن كانت الأنقاض موجودة أخذها مع العرصة بالحصة، وإن كانت مهدومة أخذ العرصة وما بقي من البناء»، وانظر: المستوعب للسامري (٢/ ١٠٠)، وانظر: الهداية لأبي الخطاب (٣٢٤).

(٤) قال ابن نجيم في البحر الرائق (٨/ ١٥٥): «وقال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «وبحصة العرصة أن نقض =

إتلاف المشتري للبعض أخذ له وإسقاط لبدله فلا يكون البدل مستحقاً، وأيضاً فتعذر أخذ الجميع ليس من جهة الشفيع، فلا يلزم أكثر من قيمة المأخوذ كما لو كان معه شفيع آخر، أو مع المبيع سيف، بل أولى، فإن الأخذ فيه ممكن عادة، بخلاف ما نحن فيه؛ ولأن [٢٠٠/ب] أخذ الشفيع كأخذ المشتري، وبعض الشقص إنما أخذه المشتري ببعض الثمن، فأخذ الكل من الشفيع في بعض الشقص أكل مال بالباطل.

الثاني: حصول التلف بفعل أجنبي، فكذلك للشفيع أخذ الباقي بالحصة من الثمن؛ لأن المانع[1] من أخذ الجميع ليس من جهة الشفيع فلا يلزمه أكثر من قيمة ما أخذ لما تقدم، وأيضاً: فالشقص في هذه

= المشتري البناء»؛ يعني: يأخذ الشفيع العرصة بحصتها من الثمن إن نقض المشتري البناء؛ لأنه صار مقصوداً بالإتلاف»، وانظر: تبيين الحقائق للزيلعي (٥/ ٢٥١).

(١) الذي ورد عن الإمام مالك في هذه المسألة أن الشفيع يأخذها بجميع الثمن: قال ابن القاسم في المدونة (١٤/ ٤٠٨): «قلت: أرأيت إن كان المشتري قد سكن هذا الشقص حتى أبلى المساكن فانهدمت لسكناه، قال: قال مالك: لو هدمها هذه المشتري ثم أراد الشفيع أخذها لم يكن له أخذه إلا بجميع ما اشتراها به المشتري»، كما ذكر ذلك الطحاوي في مختصر العلماء (٤/ ٢٥١) حيث قال: «وقال مالك: يأخذها بجميع الثمن وإن هدم المشتري».

(٢) انظر: مختصر اختلاف العلماء للطحاوي (٤/ ٢٥١): «في هدم المشتري البناء أو أكل الثمرة: قال أصحابنا إذا انهدمت أو احترقت من غير فعله، أخذ الشفيع بجميع الثمن وإن كان من فعله أخذها بحصتها من الثمن، وقول الحسن بن حي، والثوري مثل قول أصحابنا»، وانظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٧٨).

(٣) انظر: المغني (٧/ ٤٧٨) قال ابن قدامة: «وهذا قول الثوري والعنبري، وأبي يوسف وقول للشافعي».

(٤) قال النووي في روضة الطالبين (٥/ ٨٩): «وإن تلف بإتلاف متلف، أخذ بالحصة؛ لأن المشتري حصل له بدل التالف فلا يتضرر»، وانظر: البيان للعمراني (٧/ ١٢١) حيث قال: «يأخذه بالحصة وهو الصحيح».

(٥) **المانع في اللغة**: الحائل بين شيئين، وهو اسم فاعل من المنع ضد الإعطاء. انظر: المحيط لابن سيدة (٣/ ٨٦)، (م ن ع).
اصطلاحاً: ما يلزم من وجوده العدم ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم لذاته. انظر: =

الحالة من ضمان المشتري، لمكان الملك، فما أتلفه الغير يكون بمثابة إتلافه؛ ولأن إلزام الشفيع بكل الثمن إضرار به، ومعلوم أن أخذه إنما يثبت دفعاً للضرر، فلا يُزال بمثله[(١)(٢)].

الحالة الثانية: حصوله بآفة سماوية كالغرق والحرق وانهدام البناء بنفسه، فالمذهب: أخذ الشفيع للباقي بالحصة من الثمن كما تقدم، وعليه أكثر الأصحاب[(٣)]، وبه يقول مالك[(٤)] والشافعي في أحد قوليه[(٥)].

وأصل[(٦)] هذا: أن المبيع ما دام في يد المشتري فمن ضمانه[(٧)]، فما فات منه يكون بمنزلة اتلافه كما مر، فلا يرجع ببدله على

= الموافقات للخمي (١/ ٢٦٦)، إجابة السائل للقنعاني (١/ ٥١)، المدخل (١/ ١٦٣).

(١) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٧٨ ـ ٤٧٩). قال ابن قدامة: «ولنا، أنه تعذر على الشفيع أخذ الجميع، وقدر على أخذ البعض، فكان له بالحصة من الثمن، كما لو تلف بفعل آدمي سواه، أو بفعل شفيع آخر، أو نقول: أخذَ بعض ما دخل معه في العقد، فأخذه بالحصة، كما لو كان معه سيف. وأما الضرر فإنما يحصل بالتلف، ولا صنع للشفيع فيه، والذي يأخذه الشفيع يؤدي ثمنه فلا يتضرر المشتري بأخذه»، وانظر: معونة أولي النهى لابن النجار (٥/ ٤٣١).

(٢) قال المرداوي في الانصاف (٦/ ٢٦٦): «هذا المذهب مطلقاً وعليه الأصحاب. إلا أن ابن حامد اختار: أنه إن كان تلفه بفعل الله تعالى فليس له أخذه إلا بجميع الثمن كما نقله المصنف عنه»، وانظر: المستوعب للسامري (٢/ ١٠٠)، المحرر لأبي البركات ص(٣٦٦).

(٣) وهذا يندرج تحت قاعدة: (الضرر لا يُزال بمثله). قال في المدخل (٢/ ١٨٣): «هذه القاعدة تضع قيداً يقيد القاعدة العامة: (الضرر يُزال)، فإن إزالة الضرر لا يجوز أن تكون بإحداث ضرر مثله، لأن هذا ليس إزالة»، وانظر: درر الحكام (١/ ٣٥)، شرح القواعد الفقهية (١٩٥).

(٤) قال ابن القاسم في المدونة (١٤/ ٤٤٤): «وإن كانت قد انهدمت لم يوضع للشفيع من قبل الهدم شيء وقيل له: خذ قيمتها التي وجبت على المشتري، أو دع»، وانظر: مواهب الجليل (٧/ ٢١١)، بلغة السالك للصاوي (٣/ ٤١٦).

(٥) قال الماوردي في الحاوي (٧/ ٢٦٥): «وقال الشافعي ﷺ في القديم: «أن الشفيع يأخذ الباقي بحصته من الثمن»»، وانظر: البيان للعمراني (٧/ ١٢٣)، وانظر: درر الحكام (١/ ٣٥)، شرح القواعد الفقهية (١٩٥).

(٦) **الأصل في اللغة**: ما يبنى عليه غيره. انظر: العدة في أصول الفقه لأبي يعلى =

الشفيع[١].

وقال ابن حامد[٢]: ليس له أخذ الباقي إلا بكل الثمن أو الترك. وهو قول أبي حنيفة[٣]، وأحد قولي الشافعي[٤] ملاحظة[٥] لضرر المشتري فإن فيه تفويتاً لبعض ما بذل من الثمن، لا

= (١/ ٧٠)، المعتمد للبصري (١/ ٥)، إرشاد الفحول (١/ ٤٦٠).

أما في اصطلاح الأصوليين: فقد أطلق على معاني كثيرة منها: الدليل؛ والصورة المقيس عليها، والقاعدة الكلية ـ وهو المراد به هنا ـ وعلى المستصحب. انظر: الكوكب المنير (ص١٠)، إتحاف ذوي البصائر بشرح روضة الناظر (١/ ٦٤، ٦٥)، أصول الفقه للزحيلي (١/ ١٦).

(١) **الضمان لغة**: مصدر ضمن الشيء ضماناً فهو ضامن وضمين إذا كفل به، يقال: ضمنت الشيء أضمنه ضماناً فأنا ضامن وهو مضمون والضمان الالتزام. انظر: المطلع (١/ ٢٤٨)، لسان العرب (١٣/ ٢٥٧)، التعاريف (١/ ٤٧٤).

والضمان في الشرع: ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق، فيثبت في ذمتهما جميعاً، ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما، ولا بد في الضمان من ضامن ومضمون عنه ومضمون له، وهو جائز شرعاً والأصل في جوازه: الكتاب والسُّنَّة والإجماع.

ويكون المبيع من ضمان المشتري في مدة الخيار وبعده، ويصح ضمان الأعيان المضمونة، والضمان في الحقيقة إنما هو ضمان استنقاذ الأعيان وردها. والتزام تحصيلها أو قيمتها عند تلفها. وهذا مما يصح ضمانه؛ كعهدة المبيع فإن ضمانها يصح. وهو في الحقيقة التزام رد الثمن أو عوضه إن ظهر بالمبيع عيب، أو خرج مستحقاً. انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٧١ ـ ٧٦)، الروض المربع للبهوتي (٢/ ١٨٠)، منار السبيل (١/ ٣٣٨).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٧٨، ٤٧٩).

(٣) أورده السامري في المستوعب؛ قال: «وقال ابن حامد: إن كان التلف بفعل الله تعالى، لم يكن له أن يأخذ الباقي إلا بجميع الثمن» انظر: (٢/ ١٠٠)، وانظر: المحرر في الفقه لأبي البركات (١/ ٣٦٦)، الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٦٦).

(٤) قال ابن نجيم في البحر الرائق (٨/ ١٥٥): «قال رَحِمَهُ اللَّهُ: «وبكل الثمن إن خربت الدار وجف الشجر»؛ يعني: لو اشترى أرضاً فيها بناء أو غرس فانهدم البناء أو الغرس من غير صنع أحد يأخذها الشفيع بكل الثمن، ولا يسقط من الثمن شيء؛ لأنها تابعان للأرض يدخلان في بيعها من غير ذكر فلا يقابلها شيء من الثمن»، وانظر: الدر المختار (٦/ ٢٣٤).

(٥) قال الماوردي في الحاوي الكبير (٧/ ٢٦٥): «وصورتها في رجل اشترى شقصاً من =

لسبب منه، بخلاف ما أتلف الآدمي، فإن المشتري يرجع إلى بذل ما غرم، قال القاضي[١]: ولهذا خير المشتري للثمن إذا تلف في يد البائع بفعل آدمي بين الفسخ والإمضاء ومطالبة المتلف، بخلاف ما لو تلف بآفة سماوية، فإنه يرجع على البائع.

ولنا[٢]: ما روى جابر[٣] [رضي الله عنه] أن رسول الله ﷺ قال: «**إن بعت أخيك ثمراً فأصابته جائحة**[٤]**، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً بمَ تأخذ مال أخيك بغير حق**» أخرجه مسلم[٥].

منع أخذ العوض لفوات المعوض لا بسبب من المشتري، وجزء الشقص الفائت بالجائحة في معناه، ولما ذكرنا من الأدلة في حالة إتلاف المتلف، والخبر يدل أيضاً لما قلنا في الحالة الأولى، وأما الضرر بفوات بعض الثمن لا بسبب منه فمعارض بمثله في الشفيع حيث يفوت عليه ما بذل ثمنه لا بسبب منه بل هو آكد ضرراً، إذ بذل المال لا في

= دار فانهدمت بجائحة أو جناية، أو شقصاً من أرض، فأخذ السيل بعضها، فالذي نقلها المزني ههنا وقاله في القديم وكتاب التفليس من كتبه الجديدة: أن الشفيع مخير بين أن يأخذ الباقي بجميع الثمن أو يدع». انظر: البيان للعمراني (٧/ ١٢٣).

(١) في المخطوط: (ملاحظته)، والمثبت في الأصل هو المتفق مع السياق.

(٢) أورد المرداوي في الإنصاف في كتاب البيع (٤/ ٤٠٨) قولاً للقاضي فقال: «إن القاضي خرَّج في خلافه: أنه يملك الفسخ ويرد بدلها من رد المشتري أرش العيب الحادث عنده».

والفسخ لغة: النقض، يقال: فسخ البيع فانفسخ؛ أي: نقضه فانتقض.

وشرعاً: حل ارتباط العقد. انظر: العين (٤/ ٢٠٢)، لسان العرب (٣/ ٤٤)، مختار الصحاح (١/ ٢١١)، الأشباه والنظائر (١/ ٢٨٧).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٧٨، ٤٧٩).

(٤) جابر هو: ابن عبد الله بن عمرو ابن حرام الأنصاري، السلمي، أحد المكثرين عن النبي ﷺ، وروى عن جماعة من الصحابة له ولأبيه صحبة. توفي سنة (٧٤هـ) وقيل: (٧٧هـ) وهو آخر من مات بالمدينة، ممن شهد العقبة.

(٥) الجائحة هي: الآفة التي تهلك الثمار والأموال وتستأصلها.

(٦) أخرجه مسلم في صحيحه، باب وضع الحوائج (٣/ ١١٩٠).

مقابلة شيء أثقل من فوات ما قد أخذه وبذل عوضه، ولربما عجز عن الجميع، فيؤدي إلى فوات الاستشفاع بالكلية فيعظم الضرر [٢٠١/أ]، وبتقدير تساوي الضررين فمراعاة الشفيع أولى إذ حقه أعظم(١).

وإذا نجز(٢) هذا فإن كانت الأنقاض باقية أخذها مع العرصة(٣) بالحصة في كلا الحالتين المتقدمتين. ذكره في «المغني»(٤)، والقاضي، وابن عقيل، وهو داخل في عموم(٥) المتن؛ فإنها من بقية المبيع.

أما أخذها وهي منقولة؛ فلأن حق الشفيع تعلق بها حين العقد وهي متصلة فلا تؤثر عرضية النقل بعد، ولهذا لو انهدمت الدار المبيعة لكانت العرصة والنقض للمشتري(٦) مع أن النقض لا يتبع في البيع لو جرى وهي منهدمة، وأما الأخذ بالحصة؛ فلنقصان المبيع بصيرورته

---

(١) «ولنا، أنه تعذر على الشفيع أخذ الجميع، وقدر على أخذ البعض، فكان له بالحصة، كما لو أتلف بفعل آدمي سواه، وكما لو كان له شفيع آخر، أو نقول: أخذ بعض ما دخل معه في العقد، فأخذه بالحصة، كما لو كان معه سيف، فأما الضرر فإنما حصل بالتلف، ولا صنع للشفيع فيه، والذي يأخذه الشفيع يؤدي ثمنه فلا يتضرر المشتري بأخذه». انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٧٩)، الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٦٦).

(٢) نجز: انقضى وفني. انظر: مختار الصحاح (٢٦٩)، القاموس المحيط (٧/ ٦٧).

(٣) العرصة هي: كل بقعة بين الدور واسعة ليس فيها بناء، والجمع العراص والعرصات. انظر: الصحاح (٣/ ١٠٤٤).

(٤) انظر: المغني (٧/ ٤٧٨) قال ابن قدامة: «ثم إن كانت الأنقاض موجودة أخذها مع العرضة بالحصة».

(٥) العام: اللفظ المستغرق لجميع ما يصلح له بحسب وضع واحد. انظر: المحصول للرازي (٢/ ٥٣١)، كشف الأسرار للبخاري (١/ ٥٣)، إتحاف ذوي البصائر بشرح روضة الناظر (٣/ ١٣٥).

(٦) قال ابن قدامة في الشرح الكبير (١٥/ ٤٤٢): «وإن كانت معدومة، أخذ العرصة وما فيها من البناء، هذا ظاهر كلام أحمد في رواية ابن القاسم، وقال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٧٩): «وإنما قلنا يأخذ الأنقاض وإن كانت منفصلة؛ لأن استحقاقه بالشفعة كان حال عقد البيع، وفي تلك الحال كان متصلاً اتصالاً ليس مآله إلى الانفصال، وانفصاله مع ذلك، لا يسقط حق الشفعة».

عرصةً ونقضاً، بعد كونه داراً فأشبه ما لو كانت الأنقاض معدومة، ويحتمل ألَّا يأخذ كل الأنقاض مع العرصة إلا بكل الثمن(١) بناءاً على مثله في انشقاق الجدار من غير ذهاب جزء، وهو قول الشافعية(٢) أو بعضهم، لبقاء كل الأعيان، وفيه بحث يذكر إن شاء الله تعالى.

فصل

تعيب المبيع مع بقاء عينه، بأن انشق جدار، أو مالت اسطوانة، أو اضطرب سقف، أو انكسر جذع، أو [شعث] شجراً، أو بارت أرض، ففيه وجهان: **أحدهما**: ليس له الأخذ إلا بكل الثمن أو الترك(٣)، وهو ما أورد المصنف(٤)، وصاحب التلخيص(٥)، وقول الشافعي(٦)؛ لبقاء العين، والقدر الفائت معنى لا يقابله عوض، بخلاف الأعيان(٧).

---

(١) قال ابن قدامة في المغني: «وإن نقصت القيمة مع بقاء صورة المبيع، مثل أن انشق الحائط، واستهدم البناء، وشعث الشجر فليس له إلا الأخذ بجميع الثمن أو الترك؛ لأن هذه المعاني لا يقابلها الثمن بخلاف الأعيان»، وانظر: الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٤٣).

(٢) قال الغزالي في الوسيط (٤/ ٨٤): «إن ارتجت الدار، ولم ينفصل منها شيء فهو عيب محض، فيأخذ بكل الثمن، وكما يأخذ المشتري المبيع قبل القبض إذا تعيبت»، وانظر: البيان للعمراني (٧/ ١٢٢).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٧٩)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٤٣)، معونة أولي النهى لابن النجار (٥/ ٤٣٣).

(٤) أورده المصنف في المغني: (٧/ ٤٧٩).

(٥) قال ابن البهاء في فتح الملك العزيز شرح الوجيز (٤/ ٢٢٧): «لو تعيب المبيع بعيب من العيوب المنقصة للثمن مع بقاء عينه، فليس له الأخذ إلا بكل الثمن أو الترك، قطع به الموفق في المغني، وصاحب التلخيص، والشارح وغيرهم»، وانظر: معونة أولي النهى لابن النجار (٥/ ٤٣٣).

(٦) انظر: روضة الطالبين (٥/ ٨٩) قال النووي: «أن تعيب من غير تلف شيء منها، ولا انفصال بعضها عن بعض، بأن ينشق جدار، أو مالت اسطوانة، أو انكسر جذع، أو اضطرب سقف، فالشفيع بالخيار بين الأخذ بكل الثمن، وبين الترك، كتعيبها في يد البائع»، وانظر: الحاوي الكبير للماوردي (٧/ ٢٦٦).

والثاني: الأخذ بالحصة، وهو ما قال يعقوب[(١)]، وأظن أو أجزم أنه قول القاضي في «التعليق»، وهو الصحيح[(٢)]؛ لأن فوات التأليف[(٣)]، والصحة بمنزلة فوات الجزء، ولهذا تنقص القيمة به كنقصها بفوات الجزء أو أكثر.

وأما أنه معنى لا يقابل بعوض فغير صحيح.

قال: «فصل الخامس[(٤)]: أن يكون للشفيع ملك سابق، فإن اشترى اثنان داراً صفقة واحدة، فلا شفعة لأحدهما على صاحبه، فإن ادعا كل

---

(١) قال ابن قدامة في الشرح الكبير (١٥/ ٤٤٣): «وإن نقصت القيمة، مع بقاء صورة المبيع، مثل أن انشق الحائط، واستهدم البناء، وشعث الشجر، وبارت الأرض، فليس له إلا أن يأخذ بجميع الثمن أو يترك؛ لأن هذه المعاني لا يقابلها الثمن. بخلاف الأعيان، ولهذا لو بنى المشتري، أعطاه الشفيع قيمة بنائه، ولو زاد المبيع زيادة متصلة، دخلت في الشفعة».

(٢) هو القاضي يعقوب بن إبراهيم العكبري، قاضي باب الأزج، قدم بغداد، وتفقه على القاضي أبي يعلى حتى برع في الفقه ودرس الفقه في حياته، له تصانيف في المذهب، منها: «التعليق في الفقه» وهي ملخص من تعليق شيخه القاضي، توفي سنة (٤٨٦هـ)، وقيل: (٤٨٨هـ). انظر: طبقات الحنابلة (٢/ ٢٤٥ ـ ٢٤٧)، ذيل طبقات الحنابلة (١٠/ ٧٣ ـ ٧٦)، المقصد الأرشد (٣/ ١٢٠، ١٢١)، الشذرات (٣/ ٣٨٤، ٣٨٥).

(٣) انظر: فتح الملك العزيز شرح الوجيز (٤/ ٢٥٧). قال البهاء: «لو تعيب المبيع بعيب من العيوب المنقصة للثمن مع بقاء عينه، فليس له الأخذ إلا بكل الثمن، أو الترك. . ، ثم قال: وفيه وجه آخر، وله الأخذ بالحصة، اختاره القاضي يعقوب» قال الحارثي: «وأظن أو أجزم أنه قول القاضي في التعليق، قال: وهو الصحيح»، وانظر: معونة أولي النهى لابن النجار (٥/ ٤٣٣).

(٤) التأليف: جعل الأشياء الكثيرة بحيث يطلق عليها اسم الواحد سواء كان لبعض أجزائه نسبة إلى بعض بالتقدم والتأخر أم لا. وقال أبو البقاء: «أصله الجمع بين شيئين فصاعداً على وجه التناسب».
انظر: التعريفات للمناوي (١/ ١٥٦).

(٥) المراد: الشرط الخامس من شروط ثبوت الشفعة، والشروط السابقة لهذا الشرط هي:
١ ـ أن يكون مبيعاً.
٢ ـ أن يكون شقصاً مشاعاً من عقار ينقسم.
=

واحد [منهما][(١)] السبق، فتحالفا، أو تعارضت بينتاهما[(٢)] فلا شفعة لهما»[(٣)].

مما يشترط لاستحقاق الشفعة: تقدم ملك الآخذ على ملك المأخوذ منه؛ لأن المعنى المشروع لأجله الحكم زوال ضرر الشركة، وتلك الشركة إما أن يتحد زمنها أو يختلف، فبتقدير الأول لامزية لأحدهما على الآخر؛ لأنه ترجيح من غير مرجح، وأيضاً، فكل منهما أقدم على شركة صاحبه، فالمترتب [٢٠١/ب] من الضرر لا أثر له لرضاه به.

وبتقدير الاختلاف، فالمتأخر منهما بالملك كذلك؛ لدخوله على شركة المتقدم فتعين انحصار المعنى في المتقدم[(٤)].

= ٣ ـ المطالبة بها على الفور ساعة يعلم.
٤ ـ أن يأخذ جميع المبيع.

(١) ساقطة من المخطوط، أثبتها من «المقنع»، انظر: (٢/٢٦٧)، والمقنع المطبوع مع الشرح الكبير. انظر: (١٥/ ٤٤٤).

(٢) البينة: يُقال: بان الأمر، واستبان بمعنى. والبيان ما بُيِّن به الشيء من الدلالة وغيرها، وبان الشيء بياناً اتضح، فهو بيِّن. والجمع: أبيناء. وكذلك أبان الشيء فهو مُبيِّن.
انظر: تهذيب الأسماء واللغات (٣/ ٣٥)، لسان العرب (١٦/ ٢١٤). وهي: العلامة الواضحة كالشاهد فأكثر، والدلالة الواضحة عقلية كانت أو حسية، ومنه سميت: شهادة الشاهدين بينة ـ ذكره الحوالي ـ وقال بعضهم البينة: الدلالة الواضحة الفاصلة بين القضية الصادقة والكاذبة، وقال بعضهم: البينة ما ظهر برهانه في الطبع والعلم والعقل، بحيث لا مندوحة عن شهود وجوده. انظر: التعاريف (١/ ١٥٤).
والمذهب عند تعارض البينتين في إثبات الشفعة هو: إسقاط الشفعة عنهما.
انظر: الفروع لابن مفلح (٤/ ٣٩٩)، المبدع لابن مفلح (٥/ ٢١٧)، المحرر في الفقه لابن تيمية (٢/ ٢٢٨)، الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٨٢)، كشاف القناع (٤/ ١٥٢).

(٣) انظر: المقنع المطبوع مع الشرح الكبير (١٥/ ٤٤٤)، والمقنع المخطوط (٥٨/ب).

(٤) قال ابن قدامة في الشرح الكبير (١٥/ ٤٤٣): «إذا كانت دار بين رجلين، فادعى كل واحد منهما على صاحبه أنه يستحق ما في يده بالشفعة، سُئلا: متى ملكتماها؟ فإن قالا: ملكناها دفعة واحدة، فلا شفعة لأحدهما على الآخر؛ لأن الشفعة إنما تثبت =

فإذا اشترى اثنان داراً، أو شقصاً من دار صفقة واحدة، أو في صفقتين من اثنين في زمن واحد، فلا شفعة لواحد منهما على صاحبه(١)؛ لعدم السبق(٢).

وكذا ما لو تأخر أحدهما لا شفعة له لذلك، فتثبت للمتقدم؛ لثبوت المعنى الموجب.

وإن ادعى(٣) كل واحد السبق، واستحقاق الشفعة، اعتبر له الإفراد والترتب(٤)، بأن يدعي أحدهما أولاً، وتكمل حكومته(٥)، ثم يدعي الآخر.

= بملك سابق في ملك متجدد بعده»، وانظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٩٤)، فتح الملك العزيز شرح الوجيز لابن البهاء (٤/ ٢٥٨).

(١) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٦٦): «بلا نزاع».

(٢) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٩٤): «إذا كانت دار بين رجلين، فادعى كل واحد منهما على صاحبه أنه يستحق ما في يديه بالشفعة، سألناهما: متى ملكتماها؟ فإن قالا: ملكناها دفعةً واحدةً. فلا شفعة لأحدهما على الآخر؛ لأن الشفعة إنما تثبت بملك سابق في ملك متجدد بعده»، وانظر: المبدع لابن مفلح (٥/ ٢١٧)، الإقناع للحجاوي (٢/ ٦٢٠).

(٣) الدعوى: هو اسم لما يدعيه، ودعا بالشيء، دعوا ودعوة ودعاء ودعوى، طلب إحضاره، يُقال: دعا بالكتاب، والشيء إلى كذا، احتاج إليه، ودعا على فلان، طلب له الستر، ودعاوى ودعاوو في القضاء، قول يطلب به الإنسان إثبات حق على غيره. انظر: لسان العرب (١٤/ ٢٥٧)، المعجم الوسيط (١/ ٢٨٦، ٢٨٧).
اصطلاحاً: إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره إلى ذمته، والمدعي: من يلتمس بقوله أخذ شيء من يد غيره، والمدعى عليه: من ينكر ذلك. انظر: الإنصاف للمرداوي (١٢/ ٣٤٢)، الروض المربع للبهوتي (٥٤٦).

(٤) المراد: أن يُقَدِّم كلاً منهما دعواه مفرداً، ويُراعى الترتيب، يبدأ المدعي أولاً ويستمع إليه ثم يقول للخصم: أجب عن دعواه.
قال المرداوي في الإنصاف (١١/ ٢٢٣): «الصحيح من المذهب أنه إذا جلس إليه الخصمان، أن له أن يقول: أيكما المدعي منكما؟ وعليه جماهير الأصحاب. ثم قال فائدتان: **الأولى**: لا يقول الحاكم ولا القائم على رأسه لأحدهما تكلم؛ لأن في إفراده بذلك تفضيلاً له وتركاً للإنصاف، **الثانية**: لو بدأ أحدهما فادعى، فقال خصمه، أنا المدعي، لم يلتفت إليه، ويقال أجيب عن دعواه ثم ادع بما شئت».

(٥) الحكومة: بضم الحاء القضية المحكوم فيها، قال الأصمعي: أصل الحكومة =

وإنما كان كذلك؛ لتغاير المدعي، فإن كُلّاً منهما يزعم استحقاق عين [عند][(١)] الآخر، فإذا سبق أحدهما، أو تنازعا في البداءة، أو قدم أحدهما بالقرعة[(٢)]، فعلى الآخر الجواب[(٣)].

ولا يقنع في الجواب: بل ملكت أولاً، أو: ملك بعدي ـ ذكره القاضي ـ لأنه ابتداء دعوى، والقدر الكافي في الإنكار نفي السبق أو نفي استحقاق الشفعة[(٤)]، ونحو ذلك، فإذا أنكر وحلف، استقر ملكه، وانتفت شفعة المدعي، ثم تسمع دعواه على الأول، فإن حلف، استقر ملكه أيضاً وانتفت شفعة المدعي[(٥)].

= رد الرجل عن الظلم. انظر: المطلع (١/ ٢١٣)، لسان العرب (١٢/ ١٤١).

(١) في المخطوط: (غير)، والمثبت في الأصل هو المتفق مع السياق. انظر: المغني (٧/ ٤٩٤)، الشرح الكبير (١٥/ ٤٤٤).

(٢) القُرعة: بضم القاف وإسكان الراء، من الاستفهام، يُقال: أُقترع فلان؛ أي: اختير. وأقرعت بين الشركاء في شيء يقتسمونه.
ويُقال: كانت له القرعة. إذا قرع أصحابه وقارعه، والاسم: القرعة.
انظر: لسان العرب (٨/ ٢٦٦، ٢٦٧)، المعجم الوسيط (٢/ ٧٢٨)، تهذيب الأسماء (٣/ ٢٦٧).
وصورتها: أن يتنازع اثنان عيناً ليست في يد أحدهما، ولا بينة لواحد منهما فيقرع بينهما. فمن خرجت له القرعة حلف واستحقها.
ووجه القرعة: أنه إذا تساوى الخصمان فترجيح أحدهما بدون مرجح لا يسوغ، فلم يبق إلا المصير إلى ما فيه التسوية بين الخصمين وهو القرعة.
انظر: نيل الأوطار للشوكاني (٩/ ٢١٩).

(٣) قال المرداوي في الإنصاف (١١/ ٢٢٣): «هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب».

(٤) قال المرداوي في الانصاف (١١/ ٢٢٦): «قوله: «وإن أنكر، مثل أن يقول المدعي: «أقرضته ألفاً» أو «بعته»، فيقول: «ما أقرضني ولا باعني» أو ما يستحق على ما ادعاه، ولا شيئاً منه، أو «لاحق له علي» صح الجواب» مراده: ما لم يعترف بسبب الحق، فلو اعترف بسبب الحق، مثل: لو ادعت من تعترف بأنها زوجته المهر، فقال: «لا تستحق علي شيئاً» لم يصح الجواب، إن لم يقم البينة بإسقاطه».

(٥) قال ابن قدامة في الشرح الكبير (١٥/ ٤٤٤): «فإن أنكر، فالقول قوله مع يمينه، فإن حلف، سقطت دعوى الأول، ثم نسمع دعوى الثاني على الأول، فإن أنكر وحلف، سقطت دعواهما جميعاً»، وانظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٩٤).

وإن نكل[١] المدعى عليه أولاً، قضى[٢] عليه بالشفعة، ثم لا دعوى له؛ لأن ما في يده قد استحقه صاحبه، فلم يبق له ما يأخذ به.

وإن نكل المدعى عليه ثانياً، فكذلك، يقضى عليه[٣]، هذا ما لم يكن بينة.

أما إن كانت[٤]، وأقامها أحدهما، قضي له بغير تردد[٥]، ولا يكفي أن يقتصر على أنه ملك في وقت كذا؛ لأنه لم يتعرض لتاريخ ملك الغير، فلا يفيد تقدمه عليه، إلا أن يُقر الخصم بما يفيد تأخر ملكه عن ذلك الوقت، فيكفي.

---

(١) نَكَلَ: النكول: الامتناع، يُقال: نكل بفتح، ينكُل بضمها، ونكِل بكسرها، والنكول عن اليمين الامتناع عنه.
انظر: تحرير ألفاظ التنبيه (١/ ٣٣٥)، التعاريف (١/ ٧١).

(٢) القضاء لغة: أصله القطع والعضل، وهو مصدر قضى يقضي قضاء فهو قاض إذا حكم وإذا فصل وإذا أمضى وإذا فرغ من الشيء.
وجمع القضاء أقضية، واستقضى فلان صار قاضياً.
انظر: النهاية في غريب الأثر (٤/ ٧٨)، تحرير ألفاظ التنبيه (١/ ٣٣١)، المطلع للبعلي (١/ ٣٩٣).
القضاء شرعاً: تبيين الحكم الشرعي والإلزام به وفصل الحكومات.
انظر: كشف المخدرات للبعلي (٢/ ٨١٧)، مختصر الانصاف والشرح الكبير لمحمد بن عبد الوهاب (١/ ٧٥٥)، مطالب أولي النهى للرحيباني (٦/ ٤٣٧).

(٣) قال ابن قدامة في المغني (١٤/ ٢٨٥): «وإن نكل أحدهما وحلف الآخر قضى له بجميعها؛ لأنه يستحق ما في يده بيمينه، وما في يد صاحبه بنكوله، وأما بيمينه التي ردت عليه عند نكول صاحبه»، وانظر: الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٤٤، ٤٤٥).

(٤) المراد: إن كانت هناك بينة.
قال ابن مفلح في المبدع (٥/ ٢١٧): «و إن ادعى كل واحد منهما السبق ولا بينة فتحالفا، أو تعارضت بينتاهما، بأن شهدت بينة كل منهما بسبق ملكه، وتجدد ملك صاحبه، (فلا شفعة لهما)، لعدم سبق الملك على الشراء، وعلم منه لو كان لأحدهما بينة عمل بهما»، وانظر: معونة أولي النهى لابن النجار (٥/ ٤٤١).

(٥) قال المرداوي في الإنصاف (١٣/ ٣٥٧): «بلا نزاع»، وانظر: الغني لابن قدامة (١٤/ ٢٨٥).

وإن أقامها كل منهما، وهما مؤرختان، فإما أن يختلفا، فالحكم للأسبق تأريخاً[(١)]؛ لتقدم ملكه، وإن اتحدتا، فإن شهدتا بالشراء من اثنين فلا تعارض؛ إذ يمكن أن يتحدا في الزمن، ولكن لا شفعة لواحد منهما؛ لأن سبقه لم يثبت، وإن شهدتا بالشراء من واحد، فكذلك لا تعارض؛ لإمكان أن يعقد معهما في صفقة واحدة، ولا شفعة أيضاً لواحد منهما لما تقدم[(٢)].

نعم، لو شهدتا بإيقاع العقد معه منفرداً، وقع التعارض؛ لاستحالة[(٣)] صدور عقدين مستقلين من واحد في زمن واحد.

وكذلك يتعارضان فيما لو شهد [٢٠٢/أ] كل واحد بسبق ملكه أو أنه ملك قبل الآخر، أو أنه ملك يوم الجمعة، وملك الآخر يوم السبت.

وحيث يقع التعارض، يتحالفان كأن لا بينة، ولا شفعة لهما، هذا على المذهب[(٤)]، وهو ما أورده[(٥)].

وإن قيل باستعمالهما بالقرعة، فمن قرع حلف وقضي له.

وإن قيل باستعمالهما بالقسمة، فلا أثر لها ههنا؛ لأن العين بينهما

---

(١) قال الخطابي في الهداية (٣٢٤): «فإن شهدت بينة أحدهما بتاريخ متقدم على الآخر، حكم له بالشفعة»، وانظر: المستوعب للسامري (١/ ٩٢)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٤٤).

وقال المرداوي في الإنصاف: «وهذه رواية الإمام أحمد رَحِمَهُ اللَّهُ نصرها القاضي وأصحابه، وهو المذهب»، وانظر: (١١/ ٣٥٧).

(٢) المراد: قوله: «لأن سبقه لم يثبت».

(٣) **المحال لغة**: ما يحيل عن جهة الصواب إلى غيره. **واصطلاحاً**: ما اقتضى الفساد من كل وجه كاجتماع الحركة والسكون في محل واحد. انظر: المطلع للبعلي (١/ ٣٩٢)، الحدود الأنيقة (١/ ٧٣).

(٤) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٦٦): «هذا المذهب في تعارض البينتين». انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٩٤)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٤٤).

(٥) المراد: ما أورده ابن قدامة في المتن، وهو قوله: «فإن ادعى كل واحد منهما السبق، فتحالفا، أو تعارضت بينتاهما، فلا شفعة لهما».

منقسمة إلا أن تتفاوت الشركة فتفيد التنصيف(١)؛ ولا يمين إذاً كما سيذكر في موضعه.

وإن أطلقتا ولم تؤرخ، أو أرخت إحداهما وأطلقت الأخرى، فكما لو لم يكن بينة، حكاه القاضي(٢)؛ لعدم وضوح السبق.

قال: «ولا شفعة بشركة الوقف في أحد الوجهين»(٣).

إذا بيع طلق(٤) في شركة وقف(٥)، فهل يستحقه الموقوف عليه بالشفعة؟

---

(١) قال المرداوي في الإنصاف (٦/٢٦٦): «هذا المذهب في تعارض البينتين، فإن قيل باستعمالهما بالقرعة، فمن قرع حلف وقضى له، وإن قيل باستعمالهما بالقسمة، فلا أثر له ههنا؛ لأن العين بينهما منقسمة، إلا أن تتفاوت الشركة، فيفيد التنصيف، ولا يمين إذا»، وانظر: معونة أولي النهى لابن النجار (٥/٤٤١).

(٢) قال المرداوي في الإنصاف: (١١/٣٥٨): «فإن وقتت إحداهما، وأطلقت الأخرى فهما سواء، أختاره القاضي، وغيره»، وانظر: المغني لابن قدامة (١٤/٢٨٧).

(٣) انظر: المقنع لابن قدامة (٢/٢٦٧)، المقنع المخطوط (٥٨/ب).

(٤) الطِلق: بكسر الطاء: الحلال، وسمي المملوك طِلْقاً لِحل جميع التصرفات فيه من بيع وهبة ورهن وغيرها بخلاف الوقف.
انظر: المبدع لابن مفلح (١٠/١٣١)، قواعد الفقه (١/٣٦٤)، شرح منتهى الإرادات (٣/٥٤٣).

(٥) **الوقف لغة**: مصدر وقف الشيء (وقفت الدار للمساكين)، إذا حبسها، وأحبسها، وأوقفه: لغة شاذة، قال الشافعي رَحِمَهُ اللهُ لم يحبس أهل الجاهلية، وإنما حبس أهل الإسلام.
انظر: مختار الصحاح (١/٣٠٥)، لسان العرب (٩/٣٥٩).
شرعاً: تحبيس مالك مطلق التصرف ماله المنتفع به مع بقاء عينه، بقطع تصرفه وغيره في رقبته بشيء من التصرفات، يُصرف ريعه إلى جهة بر تقرباً إلى الله تعالى.
والوقف سُنَّة، وهو من القرب المندوب إليها، ويجوز في كل عين يجوز بيعها، وينتفع بها دائماً مع بقائها. ويصح بالقول والفعل الدال عليه. وصريحه: وقفت، وحبست، وسبلت.
وكناية: تصدقت: وحرَّمت، وأبدت.
ويشترط فيه أربعة شروط: =

اختلف الأصحاب[١]: فمنهم من نفى، وبه قطع ابن أبي موسى[٢]، والقاضي وابنه، وابن عقيل، والشريفان: أبو جعفر[٣] والزيدي[٤]، ....

= ١ ـ المنفعة: أي: أن تكون العين ينتفع بها دائماً.
٢ ـ أن يكون على البر؛ لأن المقصود به التقرب إلى الله ﷻ.
٣ ـ ويشترط في غير الوقف على المسجد ونحوه، أن يكون على معين يملك ملكاً ثابتاً.
٤ ـ أن يقف ناجزاً فلا يصح مؤقتاً ولا معلقاً إلا بموت.
انظر: العدة شرح العمدة لبهاء الدين (٢٧٧)، الروض المربع للبهوتي (٣٥٤)، الفوائد المنتخبات في شرح أخصر المختصرات لابن جمعة (١/ ٥١١).

(١) قال ابن النجار في معونة أولي النهى (٥/ ٤٤١): «وللأصحاب في المسألة ثلاث طرق: **إحداها**: أن الخلاف جارٍ سواء قلنا يملك الموقوف عليه أو لا. **الثانية**: إن قلنا بعدم الملك فلا شفعة، وإن قلنا بالملك فوجهان.
الثالثة: إن قلنا الموقوف عليه يملك الوقف وجبت الشفعة وإلا فلا».

(٢) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٧٥): «ولا شفعة بشركة الوقف، ذكره القاضيان: ابن أبي موسى، وأبو يعلى، وهو ظاهر مذهب الشافعي؛ لأنه لا يؤخذ بالشفعة، فلا تجب فيه؛ كالمجاور وغير المنقسم، ولأننا إن قلنا: هو غير مملوك، فالموقوف عليه غير مالك، وإن قلنا هو مملوك، فملكه غير تام؛ لأنه لا يفيد إباحة التصرف في الرقبة فلا يملك به ملكاً تاماً»، وانظر: الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٤٥)، الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٦٧).
وابن أبي موسى هو: محمد بن أحمد، أبو علي الهاشمي الحنبلي، ولد سنة (٣٤٥هـ)، انتهت إليه رياسة المذهب، كان رفيع القدر، صنف «الإرشاد» في المذهب، وشرح كتاب الخرقي، توفي سنة (٤٢٨هـ).
انظر: طبقات الحنابلة (٢/ ١٨٢ ـ ١٨٦)، تذكرة الحفاظ (٣/ ١٠٨٦)، الشذرات (٣/ ٢٣٨ ـ ٢٤١).

(٣) الشريف أبو جعفر: هو عبد الخالق بن عيسى الهاشمي، العباسي، شيخ الحنابلة، أبو جعفر بن أبي موسى، ولد سنة (٤١١هـ) كان شديد القول واللسان في أصحاب البدع. من تصانيفه: «رؤوس المسائل»، و«شرح المذهب» وصل فيه إلى أثناء الصلاة، وله جزء في أدب الفقه، توفي سنة (٤٧٠هـ).
انظر: طبقات الحنابلة (٢/ ٢٣٧ ـ ٢٤١)، السير (١٨/ ٥٤٦ ـ ٥٤٨)، الذيل لابن رجب (١/ ١٥ ـ ٢٦)، الشذرات (٣/ ٣٣٦، ٣٣٧).

(٤) الزيدي: هو أبو القاسم، علي بن محمد بن علي، الهاشمي، العلوي، الزيدي، =

وأبو الفرج الشيرازي[١] في آخرين[٢]، واختاره المصنف ولهذا قدمه في الإيراد[٣]، وذهب إليه مالك[٤]، والشافعي في الأظهر[٥]، واستدل بأن الوقف لا يستحق بالشفعة [. . . . .][٦]، فلا تستحق به الشفعة؛ كالمجاور وما لا ينقسم[٧]، ومنهم من بنى على أن الموقوف عليه هل

= الحنبلي السني، قال أبو عمرو الداري: كان ثقة، ضابطاً مشهوراً، أقرأ بحران دهراً طويلاً، توفي سنة (٤٣٣هـ)، وقد قارب المائة. انظر: السير (١٧/ ٥٠٥، ٥٠٦)، الشذرات (٣/ ٢٥١).

(١) أبو الفرج الشيرازي: هو الإمام عبد الواحد بن محمد الشيرازي، الفقيه الحنبلي المعروف بالمقدسي، ارتحل إلى بغداد، فلازم القاضي أبا يعلى، وتفقه به، ودرس ووعظ، وبث مذهب أحمد بن حنبل بأعمال بيت المقدس، من مصنفاته: «المبتهج»، و«الإيضاح»، و«التبصرة» في أصول الدين، توفي سنة (٤٨٦هـ).
انظر: طبقات الحنابلة (٢/ ٢٤٨، ٢٤٩)، تذكرة الحفاظ (٣/ ١١٩٩)، السير (١٩/ ٥١ ـ ٥٣)، ذيل الطبقات (١/ ٦٨ ـ ٧٣).

(٢) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٦٧): «فالصحيح في المذهب هنا: أنه لا شفعة له، جزم به في «الوجيز» وغيره، وقطع به أيضاً ابن أبي موسى، والقاضي وابنه وابن عقيل، والشريفان ـ أبو جعفر والزيدي ـ وأبو الفرج الشيرازي في آخرين. واختاره المصنف وغيره».

(٣) المراد: في إيراده للمسألة حيث قال: «ولا شفعة بشركة وقف في أحد الوجهين».

(٤) قال العدوي في حاشيته (٧/ ٦٨، ٦٩): «ليس له الأخذ بالشفعة ليحبس إذ لا ملك له، صورتها، دار نصفها موقوف وعليه ناظر، والنصف الآخر مملوك، فإذا باعه صاحبه، فليس للناظر الأخذ لتلك الحصة المملوكة بالشفعة؛ لأنه ليس بمالك ولا يأخذ بالشفعة إلا المالك»، وانظر: الذخيرة للقرافي (٧/ ٢٧٧).

(٥) قال الرافعي في فتح العزيز (١١/ ٤٦٧): «فظاهر المذهب وهو المذكور في الكتاب ونصه في القديم أنه ينظر إن كان التصرف مما لا تثبت فيه الشفعة كالوقف والهبة فللشفيع نقضه وأخذ الشقص بالشفعة»، وانظر: الحاوي للماوردي (٧/ ٢٣٢)، نهاية المحتاج للرملي (٥/ ١٩٨).

(٦) في المخطوط عبارة مكررة في هذا الموضع هي: فلا يستحق بالشفعة.

(٧) لأن الشفعة لا تثبت إلا بشروط أربعة، ومنها: أن يكون الملك مشاعاً غير مقسوم، فأما الجار فلا شفعة له. انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٣٦).

يملك؟ إن قلنا: نعم، وهو ظاهر المذهب[١] أخذ بالشفعة؛ لأنه مالك بيع في شركته شقص، فملك الشفعة كما في الشركة بالطلق، وإن قلنا: لا، فلا أخذ؛ لانتفاء الملك فهو كالموصي له بالمنفعة، وهذا طريقة أبي الخطاب[٢].

ومنهم من قال: إن قيل بعدم الملك، فلا شفعة، وإن قيل بالملك فوجهان. هذا ما في «المحرر»[٣]، واختاره صاحب «التلخيص»[٤]، ثم إنه في «التلخيص» بنى على الخلاف في فصل الطلق من الوقف إن قيل به ـ وهو الأصح ـ ثبتت الشفعة دفعاً لضرر القسمة المتوقعة [من][٥] مخالطة الشريك، وإن لم يقل به، فلا شفعة؛ لانتفاء ضرر القسمة، وبهذه الطريقة قالت الشافعية[٦].

---

(١) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٦٧): «فإن قلنا يملكه وهو المذهب على ما يأتي».

(٢) قال أبو الخطاب في الهداية (٣٢١): «وعندي أن المسألة مبنية على أن الوقف يملكه الموقف عليه أم لا؟ وفيه روايتان: إحداهما: يملكه، فيستحق به الشفعة، والثانية: لا يملكه فلا يستحق به الشفعة».

(٣) قال مجد الدين في المحرر (١/ ٣٧٠): «إذا لزم الوقف، ملك الموقوف عليه رقبته فتلزمه زكاةماشيته وارش جنايته، ويملك تزويج أمته، وهل يستحق به الشفعةعلى وجهين».

(٤) قال المرداوي في الانصاف (٦/ ٢٦٨): «قال في التلخيص ـ بعد أن حكى كلام أبي الخطاب المتقدم ـ ويتخرج عندي ـ وإن قلنا: يملكه، في الشفعة وجهان مبنيان على أنه هل يقسم الوقف والطلق، أم لا؟ فإن قلنا: القسمة إفراز، قسم، وتجب الشفعة، وإن قلنا بيع، فلا قسمة ولا شفعة».

(٥) ساقطة من المخطوط، وأثبتها لتمام المعنى.

(٦) قال الشيرازي في المهذب (١/ ٣٣٨): «وإن بيع شقص في شركة الوقف، فإن قلنا: إن الموقوف عليه لا يملك الوقف لم تجب فيه الشفعة لأنه لا ملك له، وإن قلنا: إنه يملك ففيه وجهان: **أحدهما**: أنه يأخذ بالشفعة لأنه يلحقه الضرر في ماله من جهة الشريك فأشبه مالك الطلق. **والثاني**: لا يأخذه لأن ملكه غير تام بدليل أنه لا يملك التصرف فيه فلا يملك به ملكاً تاماً»، وانظر: الوسيط للغزالي (٤/ ٧٠٢)، البيان للعمراني (٧/ ١١٠)، حواشي الشرواني (٦/ ٢٣٨).

وأما صاحب «المحرر» فيحتمل أن ذلك[١] مبناه، ويحتمل أن يكون مبنى الوجوب عنده الشركة بالملك، كما بنى أبو الخطاب، ومبنى عدم الوجوب نقص الملك، حيث لا يتصرف في الرقبة ـ كما اعتبر المصنف[٢] ـ لانتفاء الشفعة مع القول بالملك، وهو اعتبار بعض الشافعية[٣]، والقلب إليه أميل في بناء صاحب «المحرر[٤]».

وبالجملة، فوجوب الشفعة على قولنا بالملك هو الحق ـ إن شاء الله ـ لما مر أنه شريك بملك، فيدخل في عموم الخبر [٢٠٢/ب]: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شرك لم يقسم ربعه[٥] أو حائط»[٦].

---

(١) المراد: أن يبنيه على فصل الوقف من الطلق.

(٢) انظر: المغني (٧/ ٤٧٥)، قال ابن قدامة: «وإن قلنا هو مملوك، فملكه غير تام؛ لأنه لا يُفيد إباحة التصرف في الرقبة، فلا يملك به ملكاً تاماً».

(٣) قال الشيرازي في المهذب (١/ ٣٧٨): «فإن قلنا أن الموقوف عليه لا يملك الوقف، لم تجب فيه الشفعة؛ لأنه لا ملك له، وإن قلنا أنه يملك، ففيه وجهان: **أحدهما**: أنه يأخذ بالشفعة؛ لأنه يلحقه الضرر في حالة من جهة الشريك فأشبه مالك الطلق. **والثاني**: لا يأخذه؛ لأن ملكه غير تام، بدليل أنه لا يملك التصرف فيه، فلا يملك به ملكاً تاماً».

(٤) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٦٨): «ومنهم من قال: إن قلنا بعدم الملك فلا شفعة، وإن قيل بالملك فوجهان، وهي طريقة صاحب المحرر».

(٥) ربعة: الرَّبْعة والرَّبْع بفتح الراء وإسكان الباء، والربع: الدار والمسكن، ومطلق الأرض، وأصله المنزل الذي كانوا يتربعون فيه، والربعة تأنيث الربع، وقيل: واحدة، والجمع الذي هو اسم الجنس ربع كثمرة وثمر. انظر: صحيح مسلم بشرح النووي للنووي (١١/ ٣٨).

(٦) عن جابر رضي الله عنه قال: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به» رواه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب (٢٩)، حديث (١٣٤).

انظر: صحيح مسلم مع شرح النووي (١١/ ٣٨).

ولأن المعنى المشروع لأجله موجود ههنا، وهو ضرر المداخلة والمجاورة فوجب ترتب الحكم، وكونه لا يتصرف في الرقبة آكد في المعنى للزوم الضرر في الشركة حيث لا يستطيع دفاعه ببيع ملكه، وأما أنه لا يستحق بالشفعة فلا يلزم منه عدم استحقاقها به؛ لأن استحقاقه بها إنما منع منه كون الأخذ بها تبعاً، وهو ـ أعني: الوقف ـ غير قابل للبيع[(١)]، وهو متخلف فيما نحن فيه.

فصل

تلخص مما ذكرنا: أن الاشتراك بملك الرقبة شرط لاستحقاق الشفعة على ما مر، فيضم إلى ما مر من الشروط، وفي ملك الرقبة احتراز من الشركة بملك المنفعة، وإن تأبدت؛ كالموصي له بها، فإنه لا يستوجب بالمنفعة شفعة من غير خلاف علمته فيه[(٢)].

فرع

ناظر[(٣)] مسجد، اشترى له بريع وقفه نصف دار، أو وهب منه

(١) لأن من شروط ثبوت الشفعة أن يكون المشفوع فيه مبيعاً، قال ابن البهاء في فتح الملك العزيز شرح الوجيز (٤/ ٢٤٠): «أن يكون المشفوع فيه مبيعاً، فلأن غير المبيع ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص، وهذا محل وفاق والخبر وارد فيه، وشرطه، أن يكون ثابتاً»، وانظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٤٣)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٣٦٤).

(٢) قال الحجاوي في الإقناع (٢/ ٦٢٠): «الشرط الخامس: أن يكون للشفيع ملك للرقبة سابق، ولو مكاتباً، لا ملك منفعة، كدار موصى بنفعها، فباع الورثة نصفها، فلا شفعة للموصى له، ويعتبر ثبوت الملك»، وانظر: معونة أولي النهى لابن النجار (٥/ ٤٤٠).

(٣) الناظر في الوقف: وظيفته حفظ الوقف وعمارته وإيجاره وزرعه والمخاصمة عليه وتحصيل ريعه والاجتهاد في تنميته وغير ذلك فهو منفذ لما شرطه الواقف. ويشترط فيه الإسلام والتكليف والكفاية في التصرف والخبرة به والقوة عليه.

ليصرفه في عمارته، ونصفها الآخر لرجل، فباع الرجل نصفه، فللقيم[١] أخذه بالشفعة، بقيد المصلحة[٢]، وهو قول الشافعية لقيام الشركة بالملك، إذ هو بعرضية البيع أو الهدم[٣].

(فرع)

آخر: لبيت المال شرك في عقار، وباع الشريك نصيبه، للإمام أو نائبه الانتزاع بالشفعة؛ لوجود الشرط[٤]، وهو مذهب الشافعي[٥].

انظر: الفروع لابن مفلح (٤/ ٤٥٠)، مجموع الفتاوى (٣١/ ٥٤)، كشف المخدرات (٢/ ٥١٦)، منار السبيل لابن ضويان (٢/ ١٥).

(١) القيم هو: السيد وسائس الأمر، وقيم القوم الذي يقومهم ويسوس أمرهم. انظر: لسان العرب (٢/ ٥٠٣).

(٢) المصلحة هي: جلب نفع أو دفع ضرر. انظر: الأحكام للآمدي (٣/ ٢٩٦)، المدخل لابن بدران (١/ ٢٩٣).

(٣) قال الرافعي في فتح العزيز شرح الوجيز (١١/ ٤٠١، ٤٠٢): «دار نصفها لرجل ونصفها ملك للمسجد، اشتراه قيم المسجد أو وَهَبهُ منه، ليصرف في عمارته، فباع الرجل نصيبه، كان للقيم أن يأخذ بالشفعة أن رأى المصلحة فيه، كما لو كان لبيت المال شرك في دار، فباع الشريك نصيبه، للإمام الأخذ بالشفعة، وإن كان نصف الدار وقفاً والنصف ملكاً»، وانظر: روضة الطالبين للنووي (٤/ ١٦٠).

(٤) الشرط: ما يلزم من انتفاءه انتفاء الحكم؛ كالإحصان مع الرجم، والحول في الزكاة، فالشرط ما لا يوجد المشروط مع عدمه، ولا يلزم أن يوجد عند وجوده، وهو مفيد للحكم بعد وجود سببه، فكان مانعاً من ثبوت الحكم قبل وجوده.
قال الآمدي: وعدمه مخلاً بحكمة السبب، فهو شرط السبب.
وينقسم الشرط إلى أربعة أقسام: عقلي، وشرعي، ولغوي، وعادي.
وقد يتعدد الشرط وقد يتحد، ومع التعدد قد يكون كل واحد شرطاً مستقلاً فيحصل المشروط بحصول واحد منها.
انظر: أصول السرخسي (١/ ٢٦١)، روضة الناظر لابن قدامة (١/ ٥٧)، الأحكام للآمدي (١/ ١٧٥)، إرشاد الفحول للشوكاني (١/ ٢٦٠).

(٥) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز للرافعي (١١/ ٤٠١، ٤٠٢)، روضة الطالبين للنووي (٤/ ١٦٠).

[تصرفات المشتري في المشفوع فيه]

قال: «فصل: وإن تصرف المشتري في المبيع قبل الطلب بوقف أو هبة سقطت الشفعة؛ نص (عليها)[١]. وقال أبو بكر: لا تسقط.

وإن باع فللشفيع الأخذ بأي البيعين شاء، فإن أخذ بالأول رجع الثاني على الأول، وإن فسخ البيع بعيب أو إقالة[٢] أو تحالف، فللشفيع أخذه، ويأخذه في التحالف بما حلف عليه البائع، وإن أَجَّرَه[٣]، أخذه

---

(١) وقع في المخطوط: (عليه)، والصواب ما أثبت، كما في المقنع.

(٢) الإقالة هي: من قاله البيع قيلاً، وأقاله إقالة واستقالني طلب إلي أن أقيله، وتقايل البيِّعان: تقاسما صفقتهما، وأقلته البيع إقالة: وهو فسخه، وتقايلا: إذا فسخا البيع. واستقاله البيع فأقاله إياه.
انظر: مختار الصحاح (١/ ٣٣)، لسان العرب (١/ ١٩٧).
قال ابن جمعة: الإقالة: فسخ للبيع، يُقال: أقال الله عثرتك؛ أي: أزالها، ويسن للنادم من المتعاقدين، وتصح الإقالة قبل قبض مبيع، وفي سلم قبل قبضه؛ لأنها فسخ، وبعد نداء جمعة. انظر: الفوائد المنتخبات شرح مختصر المختصرات لابن جمعة (١/ ٣٨٦).

(٣) الإيجار: من الأجر، ومنه سمي الثواب أجراً؛ لأنه تعالى يعوض الصبر على الطاعة، وصبره على المعصية.
وهي لغة: المجازاة. **شرعاً**: عقد لازم من الطرفين على منفعة مباحة معلومة، لا يملك أحدهما فسخها؛ لأنها عقد بيع أشبهت بيوع الأعيان. وهي ثابتة بالكتاب والسُّنَّة والإجماع، وتنعقد بلفظ الإجارة والكراء وما في معناهما، وبلفظ بيع إن لم يضف للعين.
وتعتبر بثلاثة شروط: (١ ـ معرفة المنفعة. ٢ ـ إباحتها. ٣ ـ معرفة الأجرة).
انظر: العدَّة شرح العمدة لبهاء الدين (٢٦٥)، الروض المربع للبهوتي (٣١٨)، الفوائد المنتخبات شرح أخصر المختصرات لابن جمعة (١/ ٤٦٠).

الشفيع وله الأجرة من يوم أخذه»(١).

الفصل في تصرفات المشتري، وتصرفاته في الشقص بأسرها صحيحة(٢)، سواء كانت بما لا ينقل الملك؛ كالإيجار، والرهن(٣) والبناء.. والغراس(٤)........................

(١) انظر: المقنع المطبوع (٢/ ٢٦٧ ـ ٢٦٩)، والمخطوط (٥٨/ب).

(٢) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٦٨): «قوله: وإن تصرف المشتري في المبيع قبل الطلب بوقف أو هبة وكذا بصدقة، سقطت، وكذا لو أعتقه، نص عليه».
وقال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٦٤): «وجملة ذلك أن المشتري إذا تصرف في المبيع قبل أخذ الشفيع، وقبل علمه، فتصرفه صحيح؛ لأنه ملكه، وصح قبضه له، ولم يبق إلا أن الشفيع ملك أن يتملكه عليه، وذلك لا يمنع من تصرفه»، وانظر: كشاف القناع (٤/ ١٥٢).

(٣) **الرهن لغة**: الثبوت والدوام، جمعه: أرهان، مثل: حبل أحبال، رهن الشيء رهناً: دام وثبت والرهن: ما يوضع عند الإنسان مما ينوب مناب ما أخذ منه.
والمرتهن الذي يأخذ الرهن، والشيء مرهون ورهين. ومنه: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴿٣٨﴾﴾ [المدثر: ٣٨].
انظر: مختار الصحاح (١/ ١٠٩)، لسان العرب (١٣/ ١٩٠).
قال ابن كثير في تفسيره (٤/ ٤٤٧): (رهينة) أي: معتقلة بعملها يوم القيامة.
شرعاً: توثقة دين غير سلم ودين كتابة ولو في المال كعين مضمونة بعين، يمكن استيفاؤه منها، إن كانت من جنس العين أو من ثمنها، إن لم يكن من جنسه.
وأجمعوا على جوازه؛ لقوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٨٣].
وحديث عائشة: «أن النبي ﷺ اشترى من يهودي طعاماً ورهنه درعه» متفق عليه.
انظر: صحيح البخاري باب الرهن في السلم برقم (٢٣٧٤) (٢/ ٨٨٧)، وصحيح مسلم باب الرهن وجوازه في الحضر والسفر رقم (١٦٠٣) (٣/ ١٢٦).
وهذا يحصل فيما يجوز بيعه، فأما ما لا يصح بيعه، فلا يصح رهنه؛ كالحر، وأم الولد؛ لأن مقصود الرهن لا يحصل منه، ولا يصح بدون إيجاب وقبول أو ما يدل عليهما. انظر: العدة شرح العمدة لأبي البهاء (٢٤٣)، الروض المربع للبهوتي (٢٨٥)، الفوائد المنتخبات شرح أخصر المختصرات لابن جمعة (١/ ٤٠٦).

(٤) الغراس: غَرَست الشجرة، غرساً، من باب ضَرَب، فالشجر مغروس، ويطلق عليه أيضاً: غَرْس، وغِراس ـ فِعال بمعنى ـ مفعول والجمع أغراس. انظر: لسان العرب (٦/ ١٥٤)، المصباح المنير (٩٦).
والمغارسة: دفع شجر معلوم له ثمر مأكول، بلا غرس، مع أرض لمن يغرسه، =

والزراعة، أو بما ينقله[١]؛ كالوقف والهبة[٢] والصدقة والإصداق[٣] والبيع والإقالة.

قال علي بن سعيد[٤]: «سألت أحمد عن رجل اشترى أرضاً،

= ويعمل عليه حتى يثمر، بجزء مشاع معلوم من الشجر بعينه أو منها، وإن اتفقا على إبقائه بأجرة جاز. انظر: الفوائد المنتخبات على شرح أخصر المختصرات لابن جمعة (١/ ٤٥٧).

(١) المراد: ينقل الملك.

(٢) **الهبة لغة**: من وهب له شيئاً يهب وهباً، بوزن، وضع يضع، وضعاً، ووَهَباً، وأوهب لك الشيء، أمكنك أن تأخذه وتناله، والهبة: العطية الخالية عن الأعواض والأغراض. انظر: مختار الصحاح (١/ ٣٠٧)، لسان العرب (١/ ٨٣).
شرعاً: تمليك جائز التصرف، مالاً معلوماً أو مجهولاً تعذر علمه، موجوداً مقدوراً على تسليمه، غير واجب في الحياة بلا عوض، بما يعد هبة عرفاً من قول أو فعل بالمعاطاة. والهبة، والصدقة، والهدية، والعطية، معانيها متقاربة، وكلها، تمليك في الحياة بلا عوض.
والهبة مستحبة، ومندوب إليها. وتصح بالإيجاب والقبول المقترنة بما يدل عليها، فالإيجاب أن يقول: وهبتك، أو ملكتك، أو أعطيتك، أو لفظ يؤدي هذا المعنى.
والقبول أن يقول: قبلت أو رضيت أو نحو ذلك، إذا لم يوجد قبض، أما مع القبض فلا يفتقر إلى ذلك. وإن شرط فيها عوضاً معلوماً فهي بيع؛ لأنه تمليك.
انظر: العدة شرح العمدة لأبي البهاء (٢٨٠)، الروض المربع للبهوتي (٣٥٧)، شرح أخصر المختصرات لابن جمعة (٥٣١).

(٣) الصداق والصداق مهر المرأة، وجمعها في أدنى العدد أصدقة. والكثير صداق، يُقال: أصدقت المرأة: إذا سميت لها صداقاً وإذا أعطيتها صداقاً. انظر: مختار الصحاح (١/ ١٥١)، لسان العرب (١٠/ ١٩٧).
وهو عوض يُسمى في النكاح أو بعده، وكل ما جاز أن يكون ثمناً جاز أن يكون صداقاً، قليلاً أو كثيراً، لقول النبي ـ عليه الصلاة والسلام ـ في حديث سهل بن سعد: «**التمس ولو خاتماً من حديد**» رواه البخاري، باب نكاح الرجل ولده الصغار، رقم (٤٨٤٢) (٥/ ١٩٧٣).
انظر: العدة شرح العمدة لأبي البهاء (٣٧٣)، الروض المربع للبهوتي (٤١١).

(٤) هو: علي بن سعيد بن جرير بن ذكوان النسائي، أبو الحسن، نزيل نيسابور، محدث مشهور، صاحب رحلة، روى عن أحمد بن حنبل وبشار بن موسى وغيرهما، وروى له النسائي، وابن ماجه. =

فابتنى فيها مسجداً، أو جعلها للمساكين، ثم جاء الشفيع، بطلت الشفعة؟ فقال: إذا خرج من يده وملكه كيف يُسلِّم؟! كأن لم ير للشفيع شفعة بعد ما جعله للمساكين، أو بنى مسجداً[(١)]» انتهى.

فأبطل الشفعة لانتفاء [٢٠٣/أ] الملك، فلزم صحة النقل، إذ من ضرورة ترتب الحكم على معنى، ثبوت ذلك المعنى وتقرره، وقد عمَّ بقوله: «إذا خرج من ملكه» كل ما هو ناقل.

وروى محمد بن الحكم عن أبي عبد الله في رجل اشترى حصة من أرض دار مشتركة، فلما علم أن صاحب الشفعة طلبها، قال للبائع: أقلني، قال: للشفيع الشفعة؟ قال أبو عبد الله: ولو استقاله قبل أن يطالب بالشفعة فأقاله، لم يكن له شفعة»[(٢)]. وهذا نص في الإقالة.

ومرّ من رواية إسحاق بن منصور عنه في رجل ابتاع داراً بألف، ثم باع بابها بألف، ثم جاء الشفيع، فقومت الدار بعد ما بيع بابها بألف، قال: يأخذ الشفيع الدار بخمسمائة.

وهو نص في صحة البيع؛ لبيعه ما هو مستحق بالشفعة، ولا يقدح صيرورته منقولاً[(٣)]؛ لأنه كان متصلاً فهو كالنقض الباقي، يأخذه مع

= قال عنه الذهبي: حافظ، وقال ابن حبان: أنه متقن، وكان من جلساء الإمام أحمد بن حنبل رَحِمَهُ اللَّهُ توفي سنة مائتان وبضع وخمسون.
انظر: تهذيب الكمال (٢٠/ ٤٤٧)، تهذيب التهذيب (٧/ ٢٨٠).

(١) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٦٦): «قال القاضي: المنصوص عن أحمد في رواية علي بن سعيد، وبكر بن محمد إسقاط الشفعة فيما إذا تصرف بالوقف والهبة»، وانظر: الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٤٧)، معونة أولي النهى لابن النجار (٥/ ٤٤٣).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٦٦)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٤٧)، معونة أولي النهى (٥/ ٤٤٣).

(٣) المقصود بذلك: الباب؛ لأنه بعد بيعه بمفرده أضحى منقولاً وليس متصلاً.

العرصة حيث كان متصلاً[(١)].

وهذه نصوص في النقل، فتفيد الحكم فيما ليس نقلاً بالأولى[(٢)]، مع أن سندي الخواتيمي روى عن أبي عبد الله في المشتري يبني أله قيمة البناء أم قيمة النقض؟، قال: لا، قيمة البناء، ثم قال: ليس هذا بمنزل الغاصب[(٣)]، وله نصوص أخر في البناء تذكر ـ إن شاء الله [تعالى] ـ وبالصحة قال الأئمة الثلاثة، وغيرهم.

---

(١) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٦٧): «وإنما قلنا يأخذ الأنقاض وإن كانت متصلة؛ لأن استحقاقه للشفعة كان حال عقد البيع، وفي تلك الحال كان متصلاً اتصالاً ليس مآله إلى الانفصال، وانفصاله بعد ذلك لا يسقط حق الشفعة».

(٢) القياس الأولى: وهو ترجيح أحد القياسين عند تعارضهما؛ ولا يخلو عن أربعة أقسام، إما أن يكون بحسب حكم الأصل، أو بحسب العلة نفسها، أو بحسب دليل العلة، أو بحسب الفرع.

وانظر: التلخيص في أصول الفقه للجويني (٣/ ٣٢١ ـ ٣٢٣)، البحر المحيط للزركشي (٤/ ٣٢٦)، أصول الفقه المسمى إجابة السائل (١/ ٤٢١).

(٣) **الغصب لغة**: مصدر غصب الشيء يغصبه ـ بكسر الصاد ـ غصباً. وهو أخذ الشيء ظلماً. انظر: لسان العرب (١/ ٦٤٨)، المصباح المنير (١٧٠)، القاموس المحيط (١/ ١١٥). ومعناه شرعاً: الاستيلاء على حق الغير ظلماً وقهراً. انظر: تهذيب الأسماء واللغات (٣/ ٢٤٦)، المطلع (٢٧٤)، المبدع (٦/ ١٥٠).

في المذهب الحنفي: قال الكاساني في بدائع الصنائع (٤/ ١٢٤): «المشفوع فيه يملك بالتملك، وهو تفسير الأخذ بالشفعة، فلا ملك للشفيع قبل الأخذ، بل له حق الأخذ والتملك قبل الأخذ للمشتري، لوجود سبب الملك فيه وهو الشراء، فله أن يبني ويغرس ويهدم ويقلع ويؤاجر، ويطيب له الأجر، ويأكل من ثمار الكرم ونحو ذلك، وكذا له أن يبيع ويهب ويوصي، وإذا فعل ينفذ، إلا أن للشفيع أن ينقض ذلك بالأخذ بالشفعة؛ لأن حقه سابق على تصرف المشتري، فيمتنع اللزوم»، وانظر: المبسوط للسرخسي (١٤/ ١٠١).

في المذهب المالكي: قال الأنصاري في فتح الوهاب (١/ ٤١٠): «ولمشترٍ تصرف في الشقص لأنه ملكه، ولشفيع فسخه بأخذ الشقص سواء كان فيه شفعة كبيع أم لا =

وعن أبي بكر بن جعفر[١] وجه بالبطلان، قال في «التنبيه»: ولو بنى حصته مسجداً، كان البناء باطلاً؛ لأنه وقع في غير ملك تام له[٢]. انتهى.

وهو عام في كل تصرف لعموم علته[٣]، وعن ابن سريح[٤]، وجه

= كوقف وهبة لأن حقه سابق على هذا التصرف»، وانظر: حاشية الخرشي (٧/ ١٩٠).
في المذهب الشافعي: قال الرافعي في المحرر (٧٢١): (تصرفات المشتري في الشقص كالبيع والإجارة والوقف صحيحة، وللشفيع نقض ما لا تثبت الشفعة فيه؛ كالوقف وأخذه بالشفعة، ويتخير فيما تثبت الشفعة فيه؛ كالبيع بين أن يأخذ بالبيع الأول وينقض الثاني، وبين أن يأخذ بالثاني»، وانظر: روضة الطالبين للنووي (٤/ ١٧٨).

(١) هو: الإمام العلامة، شيخ الحنابلة أبو بكر، عبد العزيز بن جعفر بن محمد المعروف بغلام الخلال، ولد سنة (٢٨٥هـ)، كان كبير الشأن، من بحور العلم، له الباع الأطول في الفقه، من مصنفاته: «الشافي»، «الخلاف مع الشافعي»، «التنبيه»، «زاد المسافر»، توفي سنة (٣٦٣هـ).
انظر: طبقات الحنابلة (٢/ ١١٩ ـ ١٢٧)، السير (١٦/ ١٤٣ ـ ١٤٥)، الشذرات (٣/ ٤٥، ٤٦).

(٢) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٦٩): «قال أبو بكر في التنبيه: ولو بنى حصته مسجداً، كان البناء باطلاً؛ لأنه وقع في غير ملك تام له».

(٣) **العلة في اللغة**: المغيرة بحلولها حكم الحال، ومنه سمي المرض علة؛ لأنه بحلوله في الشخص يتغير حاله، وقيل مأخوذة من العلل بعد النهل، وهو معاودة الشرب مرة بعد مرة؛ لأن المجتهد في استخراجها يعاود النظرة مرة بعد مرة.
واصطلاحاً: معنى في النصوص، وهو تغير حكم الحال بحلوله بالمحل، يوقف عليه الاستنباط، وقيل: هي المعرفة للحكم، بأن جعلت علماً على الحكم إن وجد المعنى وجد الحكم، وقيل: غير ذلك.
انظر: المعتمد للبصري (٢/ ٢٠٠)، روضة الناظر (٢/ ٢٠١)، إرشاد الفحول (١/ ٣٠٨).

(٤) قال الرافعي في الوجيز (١١/ ٤٦٧): «وفي التتمة وجه غريب عن ابن سريح أنها باطلة لأن للشفيع حقاً لا سبيل إلى إبطاله فأشبه حق المرتهن».
وابن سريح هو: الإمام العلامة شيخ الإسلام، القاضي البغدادي؛ أبو العباس أحمد بن محمد بن سريح شيخ صدوق؛ كتب عن كثير، قدوة الشافعية، حامل لواء الفقه وعلم نظرائه، تصدر للإشتغال وتفقه به أئمة أعلام وحدث عنه كثير، مات سنة (٣٠١هـ). =

كذلك؛ [العلاقة][1] حق الشفعة، فهو كتصرف المشتري في زمن الخيار[2]، وهذا قوي جداً، وكتصرف الراهن في الرهن[3].

واستدل الأكثرون بأن التصرف واقع في ملكه، وثبوت حق التملك للشفيع لا ينفي الصحة، كما في حق ارتجاع الواهب في الموهوب، ممن له الرجوع[4] لا ينفي تصرف المتهب[5].

وكما في حق التملك للزوج بالطلاق لا ينفي تصرف الزوجة[6]، وكما في أحد العوضين في البيع إذا كان معيباً لا يمنع التصرف في الآخر[7].

ولا يصح التشبيه بحق المرتهن؛ لثبوت الحق الأصلي للمرتهن، وهو التوثقة[8]، والحق الأصلي ها هنا وهو تملك الشفيع لم يثبت، وإنما ملك أن يتملك فافترقا.

= انظر: تذكرة الحفاظ (٣/ ٨١١)، طبقات المحدثين بأصبهان (٣/ ٦١٧).

(١) في المخطوط: (العلاقة)، والمثبت في الأصل هو المتفق مع السياق.

(٢) قال البهوتي في الروض المربع (٢٥٩): «ولا يصح تصرف أحدهما في المبيع ولا في عوضه المعين فيهما؛ أي: في مدة الخيارين، بغير إذن الآخر، فلا يصح تصرف المشتري بغير إذن البائع».

(٣) قال ابن قدامة في الكافي (٢/ ١٤٧): «وليس للمرتهن أن يبيع شيء من الرهن بغير إذن الراهن».

(٤) قال ابن البهاء في العدة شرح العمدة (٢٨١): «ليس لمن يعطي العطية الرجوع فيها إلا الأب، لحديث طاوس عن ابن عمر، وابن عباس مرفوعاً: «**ليس لأحد أن يعطي عطية ويرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده**». قال الترمذي: حديث حسن، وانظر: الروض المربع للبهوتي (٣٥٩).

(٥) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٦٥): «والموهوب له يجوز له التصرف في الهبة، وإن كان الواهب ممن له الرجوع فيه»، وانظر: فتح العزيز شرح الوجيز لابن البهاء (٢٦١).

(٦) قال ابن قدامة في المغني (١٠/ ١٢٨): «حكم الصداق، حكم البيع في أن ما كان مكيلاً، أو موزوناً، لا يجوز التصرف فيه قبل قبضه، وما عداه لا يحتاج إلى قبض، ولهما التصرف قبل قبضه».

(٧) قال ابن البهاء في فتح الملك العزيز شرح الوجيز (٢٦١): «لو كان أحد العوضين معيباً لم يمنع التصرف في الآخر»، وانظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٦٤).

(٨) قال ابن ضويان في منار السبيل (١/ ٣٣١): «الرهن مال يجعل وثيقة بالدين يستوفى =

هذا كله، ما لم يطلب الشفيع[١]، كما في «الكتاب»[٢]، وكما نص عليه في الإقالة من رواية ابن الحكم فيما مر[٣]. [٢٠٣/ب]

أما إن طلب فالصحة منتفية[٤]، سواء قلنا: الطلب يحصل به الملك أو لا، أما بتقدير أن يحصل به، فلا كلام، وبتقدير أن لا، فلا إشكال في أنه مقرر للحق؛ لأنه قبل ذلك لا يعلم اختياره للأخذ، فقد لا يريده، ومعلوم توقف الأخذ على اختياره، فإذا طلب، تحتم التسليم، فلم يكن له التصرف فيه كما في المغصوب[٥].

وإذا نُجز ما قلنا، فالتصرف الناقل[٦] [مع التسليم][٧] بالمعنى الذي نذكره مبطل للشفعة، سواء كان الناقل مما تثبت به الشفعة أو لا، هذا هو المنصوص من رواية علي بن سعيد التي مرت: «إذا خرج من يده وملكه كيف يسلم؟ قال ابن سعيد: كأنه لم ير للشفيع شفعة بعدما جعله للمساكين أو جعله مسجداً». ومفهومه: ثبوت الشفعة فيما ليس بناقل

= منه إن تعذر وفاؤه من المدين».

(١) قال البهوتي في الروض المربع (٢٣٨): «هذا كله إن كان التصرف قبل الطلب؛ لأنه ملك المشتري، وثبوت حق التملك للشفيع لا يمنع من تصرفه، وأما تصرفه بعد الطلب فباطل لأنه ملك الشفيع إذن»، وانظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٦٤).

(٢) أي: المقنع.

(٣) المقصود قوله: «وإن استقاله قبل أن يطلب بالشفعة، فأقاله، لم يكن له شفعة».

(٤) قال ابن النجار في معونة أولي النهى (٥/ ٤٤٣): «وتصرف مشتر في الشقص المشفوع بعد طلب من الشفيع بالشفعة باطل، لانتقال الملك إلى الشفيع بالطلب في الأصح»، وانظر: الكافي لابن قدامة (٢/ ٤٣٢).

(٥) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٣٦١): «لأن الجميع ملك للمغصوب منه، فلم يملك غيره التصرف فيه».

(٦) المراد: الناقل للملك.

(٧) هذه العبارة كتبت في الحاشية اليمنى في اللوح، وأشار إليها بعلامة إلحاق.

لكونه في ملكه، ومر نصه في الإقالة من رواية ابن الحكم على أنها مبطلة للشفعة قال: «لو استقاله قبل أن يطالب بالشفعة فأقاله، لم تكن له شفعة».

وكذلك في البيع من رواية ابن منصور في مسألة الباب، فإنه لم يجعله شفيعاً فيه؛ أعني: ـ الباب ـ بل ما في يده من الدار، ولو كان شفيعاً في المبيع، لمكن من الفسخ والأخذ[(١)]، وبهذا قال بعض الشافعية[(٢)]؛ لأن الشفعة هي: انتزاع الحصة من يد المشتري، ولا شيء بيده.

ولا يمتنع أن يكون التصرف مبطلاً لحق الغير كما في تصرف المشتري المفلس[(٣)]، يبطل به حق البائع من الفسخ، وتصرف الابن في الموهوب يبطل به حق الأب من الرجوع[(٤)]، وتصرف المرأة في الصداق

---

(١) قال السامري في المستوعب (٢/ ٩٩): «فإن باع المشتري، فللشفيع الخيار بين أن يفسخ وبين أن يأخذ، من المشتري بما اشتراه».
وانظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٦٥)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٥١).

(٢) قال العمراني في البيان (٧/ ١٥٣): «وإذا تصرف المشتري فيه تصرفاً تثبت فيه الشفعة، بأن باعه أو جعله مهراً في نكاح، أو عوضاً في خلع، أو أجرة في إجارة فالشفيع بالخيار بين أن يفسخ التصرف الثاني ويأخذ بالتصرف الأول، وبين أن يُقر العقد الأول ويأخذ بالشفعة في التصرف الثاني؛ لأنه يستحق الشفعة بكل واحد منهما، فخير بينهما».

(٣) الفلس هو: من أفلس الرجل إذا لم يبق له مال، يُراد به أنه صار إلى حال يُقال فيها: ليس معه فلس.
انظر: مختار الصحاح (١/ ٢١٤)، لسان العرب (٦/ ١٦٦).

(٤) قال ابن قدامة في المغني (١٠/ ١٢٩): «ولا يلزم الوالد إذا وهب ولده شيئاً فخرج عن ملكه ثم عاد إليه، حيث لا يملك الرجوع فيه لأننا نمنع ذلك»، وانظر: القواعد لابن رجب (١/ ١٠١).
قال الشوكاني في السيل الجرار (٣/ ٢٩٨): «الرجوع عن الهبة حرام إلا هبة الوالد لولده فإن الشرع قد سوّغ له الرجوع»، وانظر: فتح الباري (٥/ ٢٣٥)، تحفة الأحوذي (٤/ ٤٣٥).

ينقطع به حق الزوج إذا طلق قبل الدخول من العين(١).

ثم البطلان إنما هو بالنسبة إلى المشتري، بمعنى عدم الانتزاع منه، أما المنتقل إليه، فإن كان النقل موجباً للشفعة ـ كالبيع ـ كان للشفيع الأخذ؛ لأنه شريك انتقل الشقص إليه بسبب قابل للشفعة ممكن التسليم، فوجب به، كما في الأول لو لم يبع، وعليه دل نص أحمد: «إذا خرج من يده وملكه كيف يسلم»، جعل الخروج عن اليد والملك مانعاً من الشفعة، وهو متخلف فيما نحن فيه، فالوجوب ثابت، وبنحوه أو مثله قال ابن أبي موسى(٢)، وقال الأصحاب(٣): إن تصرف بالهبة أو الصدقة أو الوقف بطلت الشفعة، وإن تصرف بالبيع فلا، وبه قال في الوقف الحسن، وابن أبي ليلى، وأبو حنيفة من رواية الحسن بن زياد عنه(٤)، والماسرجسي(٥)

(١) قال ابن قدامة في المغني (١٠/ ١٢٩): «إذا طلق قبل الدخول، وقد تصرفت في الصداق بعقد من العقود، لم يخل من ثلاثة أقسام: **أحدها**: ما يزيل الملك عن الرقبة كالبيع أو الهبة أو العتق، فهذا يمنع الرجوع وله نصف القيمة لزوال ملكها وانقطاع تصرفها».

(٢) قال في الشرح الكبير (١٥/ ٤٤٧): «قال ابن أبي موسى: من اشترى داراً فجعلها مسجداً، فقد استهلكها، ولا شفعة فيها؛ لأن في الشفعة ههنا إضراراً بالموهوب له، والموقوف عليه؛ لأن ملكه يزول منه بغير عوض، ولا يُزال الضرر بالضرر، بخلاف البيع، فإنه إذا فسخ البيع الثاني، رجع المشتري الثاني بالثمن الذي أخذ منه فلا يلحقه ضرر»، وانظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٦٦).

(٣) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٦٨): «قال أصحابنا: إن تصرف بالهبة أو الصدقة أو الوقف، بطلت الشفعة».

(٤) قال السرخسي في المبسوط (١٤/ ١١٣): «وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه ليس له ذلك، وهو مذهب الحسن».

(٥) قال العمراني في البيان (٧/ ١٥٣): «قال الماسرجسي: يصح الوقف وتبطل الشفعة؛ لأن الشفعة إنما تثبت في المملوك، والوقف غير مملوك، فبطلت فيه الشفعة».
والماسرجسي هو: الحسن بن عيسى بن ماسرجسي الماسرجسي، أبو علي النيسابوري، مولى عبد الله بن المبارك، روى له مسلم وأبو داود والنسائي، كان ورعاً ثقة، توفي سنة (٢٤٠هـ).
انظر: تهذيب الكمال (٦/ ٢٩٤)، تهذيب التهذيب (٢/ ٢٧١)، تقريب التهذيب (١/ ١٦٣).

من الشافعية [٢٠٥/أ][(١)]، ثم ألحق القاضي[(٢)] وابن عقيل والمصنف[(٣)] بالبيع ما في معناه؛ كالصلح والهبة المشروط ثوابها، حتى الإصداق ونحوه على الخلاف فيه، وبالهبة والوقف مما لا شفعة به حتى الرهن أُلحقه المصنف[(٤)] بهما صريحاً، وهو بعيد عن نص أحمد، فإنه أبطل في الصدقة والوقف بالخروج عن اليد والملك، والرهن غير خارج عن الملك فامتنع الإلحاق.

وأصل ما قالوا في البيع ما في كتاب «الخرقي» إذا تبايعه ثلاثة أو أكثر، كان له أن يطالب بالشفعة من شاء منهم؛ وذلك لعلاقة حق الشفيع فلا يسقط بما ليس من جهته، وإنما منع من إعمال هذا الأصل في الوقف[(٥)]، والهبة وما في معناهما؛ مكان ضرر المتهب، أو الموقوف عليه؛ لأنا لو أثبتنا الشفعة حينئذٍ، لأدى إلى زوال ملكه عنه بغير عوض[(٦)]، والضرر لا يُزال بالضرر، ولا كذلك البيع وما في معناه، فإنه

---

(١) تكرر اللوح (٢٠٤).

(٢) قال القاضي أبو يعلى في كتاب المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين (١/ ٤٥٦): «عندي أنه يملك المطالبة بالشفعة؛ لأن أحمد قال في رواية ابن حنبل وابن منصور: إذا كانت الهبة بشرط الثواب فإنه يرجع فيها إن لم يثب عليها فجعلها جارية مجرى عقد البيع»، وقال في الصلح: «ووجه قول شيخنا أنه نوع معاوضة تملك به ما يجب من الشفعة فجاز أن يجي من الشفعة كالبيع» (١/ ٤٥٥).

(٣) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٦٥): «وما كان في معنى البيع مما تجب فيه الشفعة فهو كالبيع فيما ذكرنا وما كان مما لا تجب فيه الشفعة فو كالهبة والوقف».

(٤) قال ابن قدامة في المغني (٤/ ٤٦٦): «وإن تصرف المشتري بما لا تجب فيه الشفعة كالوقف والهبة والرهن، وجعله مسجداً».

(٥) وذلك لأن المشتري عندما ملكه، صح قبضه، ولم يبق إلاأن الشفيع ملك أن يملكه عليه، وذلك لا يمنع من تصرفه. انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٦٤، ٤٦٥).

(٦) وهو قول الخرقي: «فإن لم يعلم حتى تبايع ذلك ثلاثة أو أكثر، كان له أن يطالب بالشفعة من شاء منهم، فإن طالب الأول رجع الثاني بالثمن الذي أخذ منه، والثالث على الثاني». انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٦٤).

يرجع إليه ما بذل من العوض فيه[١].

وحكى القاضي في «المجرد»: «أن أبا بكر قال في كتاب «التنبيه»: الشفيع بالخيار بين أن يقره على ما تصرف وبين أن ينقض التصرف، فإن كان وقفاً على قوم فسخه، وإن كان مسجداً نقضه، اعتباراً به لو تصرف بالبيع»[٢].

هذا ما حكى القاضي، وتبعه الأصحاب عليه، ومن ضرورته: عدم السقوط مطلقاً كما ذكر المصنف ها هنا عنه، ولم أر هذا في كتاب «التنبيه»، إنما فيه ما حكينا أولاً عنه، ومن بطلان أصل التصرف، وبينهما من البون ما لا يخفى[٣].

وعدم السقوط ـ مطلقاً ـ منقول عن الأئمة الثلاثة، ووجهه سبق حق الشفيع وقوة جنبته ـ وهو الحق ـ مع أن الأشهر[٤] السقوط بالوقف والصدقة، وما في معناهما، وعدم السقوط بالبيع وما في معناه كما قدمنا، وعلى الأشهر: تفرع الكتاب، **وفيه مسائل:**

الأولى: التصرف بالوقف والهبة ونحوهما، وقد مضى الكلام فيه.

---

(١) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٦٦): «لأن في الشفعة ها هنا إضراراً بالموهوب له، والموقوف عليه؛ لأن ملكه يزول عنه بغير عوض، ولا يُزال الضرر بالضرر، بخلاف البيع»، وانظر: فتح الملك العزيز شرح الوجيز لأبي البهاء (٤/ ٢٦٠).

(٢) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٦٩): «حكى القاضي: أن أبا بكر قال في «التنبيه»: الشفيع بالخيار بين أن يقره على ما تصرف، وبين أن ينقض التصرف».

(٣) ذكره المرداوي في الإنصاف عنه (٦/ ٢٦٩).

(٤) الأشهر: عن الإمام ﷺ، أو عن الأصحاب، قد يكون شهرة، وقد يكون دليلاً، أو عند القائل.
انظر: الإنصاف للمرداوي (١/ ٢٧).

فصل

والإرث[١] لا يقطع الشفعة؛ لقيام الورثة مقام مورثهم فيما وجب من الحقوق[٢]. وأما الوصية[٣]: فإن أخذ الشفيع قبل القبول بطلت الوصية، واستقر الأخذ[٤]، ذكره المصنف[٥]؛ لتقدم حق الشفعة.

وإن طلب ولم يأخذ بعد، بطلت الوصية أيضاً؛ لأن الطلب مقرر لحق الشفيع فهو كالأخذ، ويدفع الثمن إلى الورثة؛ لأنه ملكهم[٦].

---

(١) الإرث: مصدر ورث يرث ورثاً وراثة وإرثاً، والوراثة: انتقال قنية إليك من غير عقد ولا ما يجري مجراه، وسمي بذلك المنتقل عن الميت، ويقال للقنية الموروثة: ميراث وإرث. انظر: القاموس المحيط (١/ ٢٢٧)، التعاريف (١/ ٧٢٤).
والإرث في اصطلاح الفقهاء: هو انتقال المال عن الميت بسبب النسب أو النكاح أو الولاء.
انظر: الذخيرة (١٣/ ٧)، الروض المربع (٣/ ٢٢).

(٢) قال الحجاوي في الإقناع (٢/ ٦٢٣): «وإن مات الشفيع بطلت، وإن طلب فلا، وتكون لورثته كلهم على حسب ميراثهم؛ وانظر: شرح الزركشي (٤/ ٢٠٤)، المغني لابن قدامة (٧/ ٥٠١)، فتح الملك العزيز لابن البهاء (٤/ ٢٦٤، ٢٦٥).

(٣) الوصية: من أوصى الرجل ووصاه: عهد إليه، والوصي: الذي يوصي إليه والذي يوصى له، وهو من الأضداد، والوصية: ما أوصيت به، والاسم: الوَصاية بفتح الواو، وكسرها. انظر: مختار الصحاح (١/ ٣٠٢)، لسان العرب (١٥/ ٣٩٤).
والوصية شرعاً: هي معاملة وقت الموت وهو في آخر عمره، وهي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان ذلك في الأعيان أو في المنافع.
انظر: أنيس الفقهاء للقونوي (١/ ٢٩٧)، التعريفات للجرجاني (١/ ٣٢٦)، المطلع للبعلي (١/ ٢٩٤).

(٤) قال البهاء في فتح الملك العزيز (٤/ ٦٠): «وأما الوصية بالشقص فإن أخذ الشفيع قبل القبول بطلت، واستقر الأخذ»، وانظر: الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٧٠)، كشاف القناع (٤/ ١٥٢)، الإقناع للحجاوي (٢/ ٦٢٠).

(٥) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٥١٢): «ولو وصى رجل لإنسان بشقص، ثم مات، فبيع في تركته شقص قبل قبول الموصى له، فالشفعة للورثة في الصحيح؛ لأن الموصى به لا يصير للوصي إلا بعد القبول ولم يوجد فيكون باقياً على ملك الورثة».

(٦) انظر: الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٧٠)، فتح الملك عبد العزيز لابن البهاء (٤/ ٢٦٠)، الاقناع للحجاوي (٢/ ٦٢١).

قال في «المغني»[١]: ولا يستحق الموصى له بدلاً؛ لأن استحقاق البدل فرع استحقاق [٢٠٥/ب] المبدل، وقد بينا أن المبدل غير مستحق بالوصية فبدله غير مستحق[٢].

وإن كان الموصى له قبل قبل أخذ الشفيع أو طلبه، فكما مر في الهبة تنقطع الشفعة بها على المذهب[٣].

وعلى المحكي عن أبي بكر - وإن كان لا يثبت عنه كما تقدم - لا ينقطع، وهو الحق - كما تقدم - أيضاً[٤].

وهو مقتضى إطلاق المصنف في «كتابه الكبير»[٥]، فإنه قال: لو وصى به ثم مات: فللشفيع أخذه بالشفعة؛ لأن حقه أسبق من حق الموصى له[٦]. انتهى. فتنقض الوصية، ويرد إلى الورثة، ويؤخذ منهم بالثمن.

• **المسألة الثانية: تصرف بالبيع**: [فللشفيع][٧] الأخذ من أي

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٥١٢)، وورد فيه قوله: «ولا يستحق الموصى له بدله؛ لأنه لم يوص له إلا بالشقص وقد فات بأخذه».

(٢) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٥١٢): «فإذا قبل الوصية، استحق المطالبة؛ لأننا تبينا أن الملك كان له، فكان المبيع في شركته، ولا يستحق المطالبة قبل القبول؛ لأنا لا نعلم الملك له قبل القبول، وإنما يتبين ذلك بقبوله»، وانظر: الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٧٠)، الاقناع للحجاوي (٢/ ٦٢١).

(٣) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٧٠): «وإن كان الموصى له قبل قبل أخذ الشفيع أو طلبه، فكما مر في الهبة، تنقطع الشفعة بها على المذهب».

(٤) وهو ما حكى القاضي في المجرد: أن أبا بكر قال في كتاب «التنبيه»: «الشفيع بالخيار بين أن يقره على ما تصرف، وبين أن ينقض التصرف، فإن كان وقفاً على قوم فسخه، وإن كان مسجداً نقضه اعتباراً أنه لو تصرف بالبيع».

(٥) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٥١٢).

(٦) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٥١٢): «ولو اشترى شقصاً مشفوعاً، ووصى به، ثم مات، فللشفيع أخذه بالشفعة؛ لأن حقه أسبق من حق الموصى له».

(٧) ورد في المخطوط: (فاللشفيع)، والمثبت في الأصل هو المتفق مع السياق.

المتبايعين شاء[(١)]؛ لأنه شفيع في العقدين، بسبق ملكه، فإن شاء من الثاني فلا كلام، وإن شاء من الأول بقلة الثمن، أو غيره فسخ العقد [الثاني][(٢)] وأخذ لسبق حق الشفعة للتصرف، وكذا ما لو باع الثاني ثالثاً، والثالث رابعاً، وهو ما أورد المصنف[(٣)]، والخرقي[(٤)]، وأكثر الأصحاب[(٥)].

وقال به الأئمة الثلاثة[(٦)] وغيرهم.

---

(١) قال أبو الخطاب في الهداية (٣٢٣): «فإن باع المشتري فللشفيع الخيار بين أن يفسخ ذلك ويأخذ؛ وبين أن يأخذ من المشتري الثاني بما اشتراه»، وانظر: الكافي لابن قدامة (٢/ ٤٣٢)، المستوعب للسامري (٢/ ٩٩)، المبدع لابن مفلح (٥/ ٢١٨).

(٢) ساقطة من المخطوط، وأثبتها كما في المغني لابن قدامة (٧/ ٤٦٤).

(٣) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٦٤): «فمتى تصرف تصرفاً صحيحاً، مثل أن باعه، فللشفيع الخيار، إن شاء فسخ البيع الثاني، وأخذه بالبيع الأول بثمنه؛ لأن الشفعة وجبت له قبل تصرف المشتري، وإن شاء أمضى تصرفه، وأخذ بالشفعة من المشتري الثاني؛ لأنه شفيع في العقدين، فكان له الأخذ بما شاء منهما».

(٤) قال الخرقي في مختصره (١/ ٧٥): «فإن لم يعلم حتى تبايع ذلك ثلاثة أو أكثر، كان له أن يطالب بالشفعة من شاء منهم، فإن طالب الأول رجع الثاني بالثمن الذي أخذه منه والثالث على الثاني».

(٥) انظر: الهداية لأبي الخطاب (٣٢٣)، المستوعب للسامري (٢/ ٩٩)، المحرر لمجد الدين (١/ ٣٦٦)، المبدع لابن مفلح (٥/ ٢١٨).

(٦) انظر:

في المذهب الحنفي: قال الكاساني في بدائع الصنائع (٨/ ١١١): «وكذا له أن يبيع ويهب ويوصي وإذا فعل ينفذ؟ إلا أن للشفيع أن ينقض ذلك بالأخذ بالشفعة؛ لأن حقه سابق على تصرف المشتري فيمتنع اللزوم».

وقال (٨/ ١١١): «وإن باعها المشتري شراء فاسداً بيعاً صحيحاً، فجاء الشفيع، فهو بالخيار إن شاء أخذها بالبيع الأول، وإن شاء أخذها بالبيع الثاني؛ لأن حق الشفعة ثابت عند كل واحد من البيعين، لوجود سبب الثبوت عند كل واحد منهما وشرائطه»، وانظر: البحر الرائق للزيلعي (٨/ ١٥٩).

في المذهب المالكي: قال ابن رشد في المقدمات (٣/ ٦٨): «وإذا باع المبتاع الشقص، أخذه الشفيع ممن شاء منهما، وكتب عهدته عليه»، وانظر: الذخيرة للقرافي (٧/ ٣٥٢).

=

وقال ابن أبي موسى[١]: كذلك إذا لم يثبت أن الشقص في يد واحد بعينه، أما إن ثبت فإنما له مطالبة من هو في يده فقط، ومثله أو نحوه، قال ابن عقيل في التذكرة[٢]، وهو مأخوذ من قول أحمد: إذا خرج من يده وملكه كيف يسلم؟؛ لأن الشفعة الانتزاع من يد المشتري وملكه، فلا يتأتى مع من ليس في يده ولا ملكه، ثم على المشهور: إن أخذ من الأول أو المتوسط، انفسخ العقد في حق من بعده؛ لتعذر اجتماع الملكين في مملوك واحد، فتقدير اعتبار الأول، يلزم إلغاء الثاني، وإن أخذ من الآخر، فلا انفساخ لشيء لانتهاء الملك إليه، وعدم اعتبار ما عداه.

ثم يترتب على الأخذ من الأول، رجوع من فات الشقص بما دفع من الثمن؛ لفوات المعوض بالسبب المقدم، فإن كان رابعاً والمأخوذ منه الأول رجع ـ أعني: الرابع ـ على الثالث، وكذلك الثالث على الثاني، والثاني على الأول؛ لأنه لم يسلم لهما ما أخذاه، وإن كان الثاني المأخوذ منه لم يرجع على أحد؛ لأن الشقص إنما يؤخذ منه بما دفع من الثمن، ويرجع من بعده عليه، فيرجع الرابع على الثالث

= **وفي المذهب الشافعي**: قال العمراني في البيان (٧/ ١٥٣، ١٥٤): «وإن تصرف المشتري فيها تصرفاً تثبت فيه الشفعة، بأن باعه، أو جعله مهراً في نكاح، أو عوضاً في خلع، أو أجرة في إجارة، فالشفيع بالخيار بين أن يفسخ التصرف الثاني، ويأخذ بالشفعة بالتصرف الأول، وبين أن يقر العقد الأول ويأخذ بالشفعة بالتصرف الثاني؛ لأنه يستحق الشفعة بكل واحد منهما، فخير بينهما».
وانظر: المحرر للرافعي (٧٢١).

(١) قال ابن البهاء في فتح الملك العزيز (٤/ ٢٦١): «وجعل ابن أبي موسى هذا الحكم إذا لم يكن الشقص في يد واحد منهم بعينه، أما إذا كان في يد أحدهم، فالمطالبة له وحده»، وانظر: المستوعب للسامري (٢/ ٩٩).

(٢) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٧١): «وقال ابن أبي موسى: يأخذه ممن هو في يده وهو ظاهر كلام ابن عقيل في التذكرة؛ لأنه قال: «إذا خرج من يده وملكه كيف يسلم»».

والثالث عليه لما تقدم[١].

فصل

وإن حصل بيع وإصداق، وقيل بالشفعة في الصداق، فإما أن يتقدم البيع الإصداق، أو يتأخر، إن تقدم وأخذ بالإصداق ثبت البيع [٢٠٦/أ] ولا رجوع للزوجة على أحد؛ لصيرورة البدل إليها، وإن أخذ بالبيع رجعت بقيمته لفوات عينه.

وإن تأخر البيع: فبتقدير الأخذ به لا يرجع المأخوذ منه على أحد لأخذ عوضه.

وبتقدير الأخذ بالإصداق: ينفسخ البيع، كما لو كان المأخوذ به بيعاً آخر، ويرجع المشتري على الزوجة بما أخذته من الثمن.

وإن قيل بانتفاء الشفعة في الصداق، فكما لو كان هبة أو وقفاً، والمخالعة به[٢]، ....

(١) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٦٥): «وإن تبايع ذلك ثلاثة، فله أن يأخذ المبيع بالبيع الأول، وينفسخ العقدان، وله أن يأخذه بالثاني، وينفسخ الثالث وحده، وله أن يأخذه بالثالث، ولا ينفسخ شيء من العقود، فإن أخذه من الثالث، دفع إليه الثمن الذي اشترى به، ولم يرجع على أحد؛ لأنه وصل إليه الثمن الذي اشترى به، وإن أخذ من الثاني الثمن، دفع إليه الذي اشترى به، ورجع الثالث عليه بما أعطاه؛ لأنه قد انفسخ عقده، وأخذ الشقص منه، فيرجع بثمنه على الثاني؛ لأنه أخذه منه، وإن أخذ بالبيع الأول، دفع إلى المشتري الأول الثمن الذي اشترى به، وانفسخ عقد الآخرين، ورجع الثالث على الثاني بما أعطاه، ورجع الثاني على الأول بما أعطاه»، وانظر: فتح الملك العزيز بشرح الوجيز لابن البهاء (٤/ ٢٦٠، ٢٦١).

(٢) الخلع بضم الخاء وبفتحها من خلع الشيء يخلَعُه خلعًا واختلعه: نزعه يُقال: خلعت النعل وغيره: نزعته.
وخالعت المرأة زوجها مخالعة إذا افتدت منه.
انظر: معجم مقاييس اللغة (٢/ ٢٠٩)، لسان العرب (٨/ ٧٦).
والخلع في اصطلاح الفقهاء: هو الفرقة بين الزوجين بعوض تقدمه المرأة بلفظ الخلع أو ما في معناه. =

والمصالحة عليه في دم العمد[١] كالإصداق فيما ذكرنا[٢].

● **المسألة الثالثة: التصرف بالإقالة:**

وإن تقايلا الشقص ثم علم الشفيع[٣]: إن قلنا الإقالة بيع[٤]: فله الأخذ من أيهما شاء، إن شاء من البائع فلا كلام؛ لأنه بمنزلة مشترٍ ثانٍ، وإن شاء من المشتري نقض الإقالة ليعود الشقص إلى المشتري فيأخذ منه.

وإن قلنا فسخ: فله الشفعة أيضاً، ذكره الأصحاب[٥]

= انظر: منهاج الطالبين للنووي (١/ ١٠٤)، مجموع الفتاوى لابن تيمية (٣٣/ ١٥٢)، الدر المختار (٣/ ٣٩).

(١) العمد ضد الخطأ في القتل وسائر الجنايات، والعمد المصدر منه ومعناه: تعمد ضربه بالسلاح أو ما جرى مجراه.
انظر: لسان العرب (٣/ ٣٠٢)، التعريفات (١/ ٢٢٠). والصلح: عقد يرفع النزاع. التعريفات (١/ ١١٢) والمراد: المصالحة ورفع النزاع في القتل العمد.

(٢) قال ابن قدامة في الشرح الكبير (١٥/ ٤٥٢): «وما كان في معنى البيع مما تجب فيه الشفعة فهو كالبيع على ما ذكرنا، وإن كان مما لا تجب فيه الشفعة، فهو كالهبة والوقف على ما ذكرنا من الخلاف فيه»، وانظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٦٥، ٤٦٦)، شرح الزركشي (٤/ ١٩٣).

(٣) قال الحجاوي في الإقناع (٢/ ٦٢١): «وإن فُسخ البيع بعيب في الشقص أو إقالة أو تحالف، ثم علم الشفيع، فله الأخذ بها وينقض فسخه»، وانظر: المغني لابن قدامة (٥/ ٢١٩).

(٤) اختلف الفقهاء في الإقالة، هل هي بيع أم فسخ فقال مالك: الإقالة بيع من البيوع يحلها ما يحل البيع ويحرمها ما يحرم البيع، وقال أبو حنيفة: الإقالة قبل القبض فسخ وبعد القبض بمنزلة البيع، وقال الشافعي: بأنها فسخ، وكذلك الحنابلة.
انظر: مختصر اختلاف العلماء (٣/ ١٠٢)، التاج والإكليل (٤/ ٣٧٣)، البحر الرائق (٥/ ٢٩٣)، كشاف القناع للبهوتي (٣/ ٢٤٩).
وقال ابن رشد في بداية المجتهد (٢/ ١٩٨): «وأجمعوا على أن الإقالة لا تبطل الشفعة من رأى أنها بيع ومن رأى أنها فسخ».

(٥) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٧١): «فإن أخذ من المشتري نقض الإقالة، ليعود الشقص إليه، فيأخذه منه، وإن قلنا فسخ: فله الشفعة أيضاً، على الصحيح من المذهب».

القاضي(١) وأبو الخطاب(٢)، وابن عقيل، والمصنف(٣) في آخرين.

وهو قول مالك(٤)، والأظهر(٥) من مذهب الشافعي(٦)؛ لسبق حقه على الإقالة، فإنه بنفس البيع استحق الشفعة، فيكون الأخذ بالبيع لا بالإقالة، ثم ذكر القاضي، وابن عقيل، والمصنف في كتابيه(٧): أنه يفسخ الإقالة ليرجع الشقص إلى المشتري فيأخذ منه، قال المصنف:

---

(١) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٧١): «ذكره الأصحاب ـ القاضي، وأبو الخطاب ـ وابن عقيل، والمصنف في آخرين».

(٢) قال أبو الخطاب في الهداية (٢٣٢): «فإن اختلفا في الثمن، فتحالفا وفسخ، فله أن يأخذ بما حلف عليه البائع، فإن تقايلا، فله الأخذ أيضاً».

(٣) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٦٧): «فإن قايل البائع المشتري، أورده عليه بعيب، فللشفيع فسخ الإقالة أو الرد، والأخذ بالشفعة؛ لأن حقه سابق عليهما، ولا يمكنه الأخذ معهما».

(٤) قال ابن القاسم في المدونة (١٤/ ٤١١): «إن مالكاً قال: لو اشترى منه شقصاً من دار، ثم أقاله، كانت الشفعة للشفيع، وكانت الإقالة باطلاً، إلا أن يسلم الشفيع الشفعة، فتكون الإقالة جائزة، قلت: ولا تكون الإقالة بيعاً من البيوع، فيكون للشفيع أن يأخذ بعهدة الإقالة، قال: ليست الإقالة في هذا الموضع في قول مالك بيعاً من البيوع حادثاً، إلا أن مالكاًقال لي في الإقالة في الشفعة ما أخبرتك»، وانظر: الاستذكار لابن عبد البر (٧/ ٧٨)، الذخيرة للقرافي (٧/ ٣٥٤).

(٥) الأظهر عند الشافعية: قال النووي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «إن قوي الخلاف لقوة دليله قلت: الأظهر والمشعر بظهور مقابله».

انظر: مغني المحتاج (١/ ٤٤، ٤٥)، الفتح المبين في حل رموز الفقهاء والأصوليين (١٢٧).

(٦) قال الرافعي في فتح العزيز (١١/ ٤١٦): «وفي الأظهر يجاب ويفسخ الرد».

(٧) قال ابن قدامة في الكافي (٢/ ٤٢٩): «الثاني: تصرف برد أو إقالة: فللشفيع فسخ الإقالة والرد، ويأخذ بالشقص؛ لأن حقه أسبق منهما، ولا يمكنه الأخذ معهما».

وقال في المغني (٧/ ٤٦٧): «فإن قايل البائع المشتري، أو رده عليه بعيب فللشفيع فسخ الإقالة والرد، والأخذ بالشفعة؛ لأن حقه سابق عليهما؛ لأنه لا يمكن الأخذ معهما».

لأنه لا يمكنه الأخذ معها، وقال ابن أبي موسى[١]: للشفيع انتزاعه من يد البائع، والأول أولى؛ لأن الاستشفاع هو الانتزاع من يد المشتري، وهذا معنى قوله: لا يمكن الأخذ معها.

وقد مر نص أحمد [رَحِمَهُ ٱللَّهُ] في المسألة من رواية ابن الحكم على بطلان الشفعة، وحمله القاضي[٢] على أن الشفيع عفا ولم يطالب، فاستقاله بعد العفو، فلا يكون له شفعة؛ لأن الإقالة فسخ وتبعه ابن عقيل عليه[٣].

قال أبو عبد الله السامري[٤]: وعندي أن الكلام على ظاهره، ومتى تقايلا قبل المطالبة بالشفعة، لم تجب الشفعة، وكذا قال صاحب «التلخيص»، وزاد: فتكون المسألة على روايتين[٥].

ومأخذ البطلان وهو الذي يصح عن أحمد[٦]، [و][٧] قول بعض الشافعية[٨]: انفساخ العقد وارتفاعه، فوجوده كعدمه، كما في الانفساخ

(١) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٧١): «وقال ابن أبي موسى: للشفيع انتزاعه من يد البائع».

(٢) قال السامري في المستوعب (٢/ ٩٩): «قال القاضي: وهذا محمول على أنه عفا عن الشفعة ولم يطالب فاستقاله بعد العفو، فلا يكون له شفعة بالإقالة؛ لأنها فسخ».

(٣) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٧١): «وقد نصّ الإمام أحمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ في رواية ابن الحكم على بطلان الشفعة، وحمله القاضي على أن الشفيع عفا ولم يطالب. وتبعه ابن عقيل».

(٤) قال السامري في المستوعب (٢/ ٩٩): «وعندي أن الكلام على ظاهره، ومتى تقايلا، أو ترادا بعيب قبل المطالبة بالشفعة لم تجب».

(٥) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٧٢): «وكذا قال صاحب التلخيص، وزاد: فيكون على روايتين».

(٦) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٧٢): «قال الحارثي: والبطلان، هو الذي يصح عن الإمام أحمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ».

(٧) ساقطة من المخطوط، وأثبتها لتمام المعنى.

(٨) قال الرافعي في فتح العزيز (١١/ ٤١١): «(والثاني) القطع بأنه لا يأخذه إلى أن يلزم العقد والفرق بين الرد بالعيب وبينه: أن الأخذ بالشفعة يفتقر إلى استقرار العقد =

في زمن الخيار؛ ولأن علة الوجوب التضرر بالدخيل، وهو منتفٍ، فوجب انتفاء الوجوب؛ لانتفاء علته[١].

وإن تقايلا بعد المطالبة، فالشفعة مستمرة، كما مرّ نصه عليه سواء قلنا الإقالة فسخ أو بيع [٢٠٦/ب] لاستقرار حق الشفيع.

فصل

تقايلا بعد عفو الشفيع، ثم عنَّ له المطالبة: ففي «المجرد» و«الفصول»[٢] إن قيل الإقالة فسخ، فلا شيء له؛ لأن الحادث بعد العفو إنما هو الفسخ، وليس سبباً للشفعة؛ ولأن الفسخ وإن [اشتمل][٣] على رد العوض من الجانبين، فليس له أحكام المعاوضات[٤] بدليل تعين

= وتمامه: (واعلم) أن هذه الطريقة الثانية لا تكاد توجد في غير كتابنا».

(١) تسمى هذه القاعدة في الأصول: «الدوران»، وهو ترتب حكم على وصف وجوداً وعدماً، في صورة واحدة وهو من أنواع إثبات العلة بالاستنباط». انظر: إرشاد الفحول (١/ ٣٧٤)، المدخل (١/ ٣٠٠).

(٢) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٧٢): «لو تقايلا بعد عفو الشفيع، ثم عن له المطالبة: ففي المجرد والفصول: إن قيل الإقالة فسخ، فلا شيء له، وإن قيل: هي بيع، تجددت الشفعة، وأخذ من البائع لتجدد السبب، فهو كالعود إليه بالبيع الصريح».

(٣) كلمة غير واضحة رسمها (اسعمل)، والمثبت في الأصل هو المتفق مع السياق، وكما ورد في فتح العزيز شرح الوجيز، قول الرافعي (١١/ ٤٢٧): «وإن كانت تشتمل على تراد العوضين فلا تعطى أحكام المعاوضات».

(٤) المعاوضة مفاعلة من العِوض، والعِوض: ما يبذل في مقابلة غيره، تقول منه: عاضني فلان وأعاضني، وعوضني وعاوضني وعاوضني: إذا أعطاك العوض، انظر: المطلع (٢١٦).

قال ابن رجب في القواعد (٧٨ ـ ٨٢): «العقود نوعان: **أحدهما**: عقود المعاوضات، وتنقسم إلى بيع وغيره، **والثاني**: عقود يثبت بها الملك من غير عوض؛ كالهبة والوصية والصدقة».

العوض الأول، وإن قيل الإقالة [بيع][١] تجددت الشفعة، وأخذ من البائع [لتجدد][٢] السبب، فهو كالعود إليه بالبيع الصريح وبالتولية[٣]، وبذلك قالت الشافعية[٤].

• **المسألة الرابعة:**

تصرف بالرد لعيب قديم، ثم علم الشفيع، وطالب مقدماً على العيب[٥]، ففي الكتاب[٦]: له الشفعة، كما في الإقالة، وكذا قال الأصحاب: القاضي[٧] وأبو الخطاب[٨]، وابن عقيل في آخرين، قالوا:

---

(١) ورد في المخطوط: (فسخ)، والأصوب ما أثبتت، حيث تم تصحيحها على الهامش الأيسر للوح بعبارة لعله (بيع).
قال المرداوي (٦/ ٢٧٢): «ففي المجرد والفصول: إن قيل: الإقالة فسخ، فلا شيء له، وإن قيل: هي بيع، تجددت الشفعة».

(٢) ورد في المخطوط: (للتجدد)، والأصوب ما أثبت.

(٣) يقال: وليته تولية جعلته والياً، ومنه بيع التولية وهو البيع بمثل ثمنه من غير نقص ولا زيادة، ويصح بلفظ البيع، ولفظ التولية.
انظر: المصباح المنير (٢٥٨)، المغني (٦/ ٢٧٤).

(٤) قال الرافعي في فتح العزيز شرح الوجيز (١١/ ٤٢٧): «ولو اشترى شقصاً ثم تقايلا فإن كان الشفيع قد عفا، فتجدد الشفعة ينبني على أن الإقالة فسخ أم بيع؟ إن قلنا بيع تجددت وأخذه من البائع، وإن قلنا: فسخ، لم تتجدد، كما لا تتجدد بالرد بالعيب؛ لأن الفسوخ وإن كانت تشتمل على تراد العوضين فلا تعطى أحكام المعاوضات، ألا ترى أنه يتعين فيها، العوض الأول، وإن جرت الإقالة قبل علم الشفيع بالشفعة، فإن جعلنا الإقالة بيعاً فالشفيع بالخيار بين أن يأخذ بها وبين أن ينقضها حتى يعود الشقص إلى المشتري فيأخذ منه، وإن جعلناها فسخاً فهو كطلب الشفعة بعد الرد بالعيب»، وانظر: المهذب (١/ ٣٧٧).

(٥) قال ابن مفلح في المبدع (٥/ ٢١٩): «وإن فسخ البيع بعيب؛ أي: في الشقص المشفوع أو إقالة أو تحالف، فللشفيع أخذه لأن حقه سابق على ذلك كله؛ لأنه ثبت بالبيع»، وانظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٦٧)، المستوعب للسامري (٢/ ٩٩)، الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٧٢).

(٦) المقصود كتابه المقنع.

(٧) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٧٢): «وكذا قال الأصحاب: القاضي، وأبو الخطاب، وابن عقيل في آخرين».

(٨) قال أبو الخطاب في الهداية (٣٢٣): «فإن رد المشتري بالعيب، فله أن يفسخ ويأخذ المبيع».

فينقض الرد ليعود الشقص إلى المشتري، فيأخذه منه ـ كما مر ـ لتوقف الشفعة على ذلك.

وفي «المستوعب» و«التلخيص» رواية بانتفاء الشفعة، أخذاً من نصه المتقدم في الإقالة، وقد ذكرنا وجهه.

واستدل للأول: بسبق حقه على الرد، وفيه نظر، فإن حق الرد تعلق بالبيع، كتعلق حق الشفعة. بمعنى: أنه الموجب، فلا مزية له، ويستدل أيضاً، بأن في الاستشفاع جمعاً بين المصلحتين وهو وصول المشتري إلى الثمن، والشفيع إلى الشقص، فكان أولى.

وهذا قد لا يطرد بأن المشتري ربما تعلق غرضه بعين ماله، [ودفع][(١)] عهدة الشقص عن نفسه.

وللشافعية[(٢)] وجهان كما قدمنا، وأظهرهما الأول.

فصل

أراد المشتري الرد، فقال الشفيع: أنا آخذه [بعيبه][(٣)]، ففي «المجرد» و«الفصول»: ليس له الرد بالعيب: استدلالاً بسبق حق الشفيع، فإنه وجب باستقرار العقد، والرد وجب حين العلم بالعيب، وفيه ما تقدم، وهذا أحد القولين، أو الوجهين، للشافعية[(٤)]، وأقوى عند أكثرهم. وفي

---

(١) في المخطوط: (ورفع)، والمثبت في الأصل هو المتفق مع السياق.

(٢) ورد في المخطوط: [بعينه] وهو تصحيف.

(٣) قال الرافعي في فتح العزيز (١١/ ٤١٤، ٤١٥): «إذا وجد المشتري بالشقص عيباً قديماً فأراد رده، وجاء الشفيع يريد أخذه ويرضى بكونه معيباً فيه قولان، ويقال: وجهان (أحدهما): أن الشفيع أولى بالإجابة؛ لأن حقه سابق على حق المشتري فإنه ثابت بالبيع، ولأن الغرض للمشتري استدراك الظلامة والوصول إلى الثمن وهذا الغرض حاصل بأخذ الشفيع ولأنا لو قدمنا المشتري بطل حق الشفيع بالكلية، ولو قدمنا الشفيع حصل للمشتري مثل الثمن أو قيمته (والثاني): أن المشتري أولى لأن =

الآخر: له الرد لترتب حق الشفعة على استقرار العقد وسلامته عن [كذا][(١)]، ولأنه قد يُريد عين الثمن، وإسقاط العهدة عن نفسه.

فصل

باع شقصاً بعبد، ثم وجد العبد معيباً، ففي «المغني»[(٢)]، و«المجرد»، و«الفصول»[(٣)]: له رد العبد واسترجاع الشقص، ثم لا شيء للشفيع.

وهو قول مالك[(٤)]، وأحد الوجهين للشافعية أو أشهرهما[(٥)]، وفي الآخر: له الشفعة؛ اعتباراً بسبق حقها[(٦)].

= الشفيع إنما يأخذ إذا استقر وسلم عن الرد؛ لأنه يريد استرداد عين ماله ودفع عهدة الشقص عن نفسه، والأول أرجح عند الأكثرين ومنهم من لا يذكر غيره»، وانظر: الوسيط للغزالي (٤/ ٧٥)، روضة الطالبين للنووي (٤/ ١٦١).

(١) ساقطة من المخطوط وأثبتها لتمام المعنى.

(٢) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٦٧): «وإن اشترى شقصاً بعبد، ثم وجد بائع الشقص بالعبد عيباً، فله رد العبد واسترجاع الشقص، ويقدم على حق الشفيع؛ لأن في تقديم حق الشفيع إضراراً بالبائع بإسقاط حقه في الفسخ الذي استحقه، والشفعة تثبت لإزالة الضرر، فلا تثبت على وجه يحصل بها الضرر، فإن الضرر لا يزال بالضرر».

(٣) انظر: الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٧٢).

(٤) قال القرافي في الذخيرة (٧/ ٣٦٧، ٣٦٨): «لو وجد المبتاع بالشقص عيباً فأراد رده على البائع قبل أخذ الشفيع فذلك له، وكذلك أن وجد البائع بالعبدالذي هو عوض الشقص عيباً»، وانظر: التاج والإكليل للعبد ربي (٥/ ٣٣١)، حاشية الخرشي (٧/ ١٠١، ١٠٢)، الشرح الكبير للدردير (٣/ ٤٩٥).

(٥) الأشهر عند الشافعية.

(٦) قال الشيرازي في المهذب (١/ ٢٨٢): «وإن اشترى شقصاً بعبد ووجد البائع بالعبد عيباً ورده قبل أن يأخذ الشفيع، ففيه وجهان: أحدهما: يقدم حق الشفيع؛ لأن حقه أسبق؛ لأنه ثبت بالعقد، وحق البائع ثبت بالرد، والثاني: أن البائع أولى؛ لأن في تقديم الشفيع إضراراً بالبائع في إسقاط حقه من الرد، والضرر لا يزال بالضرر»، وانظر: الوسيط للغزالي (٤/ ٨٥، ٨٦)، فتح العزيز شرح الوجيز للرافعي (١١/ ٤٥٧)، البيان للعمراني (٧/ ١٢٨).

لنا: أن حق البائع أسبق فوجب تقديمه عملاً بالموجب(١).

وبيان سبقه: أن حق الرد [٢٠٧/أ] استند إلى وجود العيب وهو قائم حين البيع، وحق الشفعة إنما استند إلى البيع، فلا يبطل ما تقدم. وهذا بخلاف ما لو كان الشقص معيباً، فإن حق المشتري إنما هو في استرداد الشقص، ولا يمكن مع أخذ الشفيع، فافترقا؛ ولأن في الشفعة ههنا إضراراً بالبائع بإسقاط حقه من الفسخ، والشفعة مشروعة لإزالة الضرر، فلا تثبت على وجه يحصل به الضرر؛ إذ الضرر لا يُزال بالضرر.

هذا ما قال «المصنف»(٢)، وليس يخلو من بحث. وذلك أن وجود العيب إنما يستند إليه حق الرد بقيد انضمامه إلى البيع، أما قبل البيع فلا استناد بالإجماع(٣) لعدم العلاقة.

وإذاً، لا مزية لحق الرد على حق الشفعة، بل المزية لحق الشفيع، وهو وجوب البيع له، كما دل عليه قول النبي ﷺ: «**لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه**»(٤) وهذا الوجوب منوط بإرادة البيع، وذلك متقدم على

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٦٧)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٥٤، ٤٥٥)، الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٧٢)، كشاف القناع (٤/ ١٥٤).

(٢) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٦٧): «ولنا أن في الشفعة إبطال حق البائع، وحقه أسبق؛ لأنه استند إلى وجود العيب، وهو موجود حال البيع، والشفعة ثبتت بالبيع، فكان حق البائع سابقاً، وفي الشفعة إبطاله، فلم تثبت، ويفارق ما إذا كان الشقص معيباً، فإن حق المشتري إنما هو في استرجاع الثمن، وقد حصل له من الشفيع، فلا فائدة في الرد، وفي مسألتنا حق البائع في استرجاع الشقص، ولا يحصل ذلك مع الأخذ بالشفعة، فافترقا».

(٣) **الإجماع لغة**: يطلق ويراد به العزم، ومنه قوله تعالى: ﴿فَأَجْمِعُوٓاْ أَمْرَكُمْ﴾ [يونس: ٧١]، وقد يراد به الاتفاق، يقال: أجمع القوم على كذا؛ أي: اتفقوا عليه.
اصطلاحاً: اتفاق مجتهدي أمة محمد ﷺ، بعد وفاته في عصر من العصور على حكم شرعي. انظر: قواطع الأدلة في الأصول للسمعاني (١/ ٤٦١)، كشف الأسرار للبخاري (٣/ ٣٣٧)، إرشاد الفحول للشوكاني (١/ ١١٠).

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب الشفعة، حديث رقم (١٣٤) (١٢/ ٤٩).

البيع، فيكون سابقاً لوجوب الرد[١]، وهذا وجه متين لا يعادله شيء، فيرجح القول بثبوت الشفعة لهذا.

وما قيل من ضرر البائع بسقوط حق الفسخ إلى آخره، فقد يقال تعاطيه لبيع ما يستحق أخذه ملغ لما يترتب من الصور وللرضى بالسبب، وأيضاً فالضرر ينجبر بأخذ الأرش[٢]، فلا يفوت به استدراك الظلامة.

قال الأصحاب[٣]: وإن أخذ الشفيع الشقص، ثم وجد البائع العيب، لم يملك استرداد الشقص؛ لأنه يلزم عنه بطلان عقد آخر، وأيضاً فخروجه عن المشتري بمنزلة تلفه؛ ولذلك أبطلنا استرداد البائع للمبيع إذا باعه المشتري، بل هو عين المسألة فإن الشفعة بيع بالحقيقة، وهذا قول مالك[٤]، والصحيح من مذهب الشافعي[٥]، وعن بعض

---

(١) قال البغوي في شرح السُّنَّة (٨/ ٢٤٥، ٢٤٦): «وفي الحديث دليل على أنه ليس للبائع أن يحتال لإبطال حق الشفيع، وإذا أراد البيع فعليه أن يعرض على الشريك، فإن رغب فيه ولم يختر عليه غيره، فلو أخبره فترك أو عفا عن الشفعة، فلا يبطل به حقه عن الشفعة؛ لأنه عفو قبل ثبوت الحق، فإذا بيع فله أخذه عند بعض أهل العلم».

(٢) الأرش: هو الذي يأخذه المشتري من البائع إذا اطلع على عيب في المبيع، قاله ابن الأثير، والجمع: أروش، مثل: فَلْس، وفُلوس، وأصله الفساد، يقال: أرّشت بين القوم تأريشاً، إذا أفسدت، ثم استعمل في نقصان الأعيان؛ لأنه فساد فيها، ويقال: أصله: هرش.
انظر: النهاية لابن الأثير (١/ ٣٩)، المطلع للبعلي (٢٣٧)، المصباح المنير (٥).

(٣) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٧٢): «قال الأصحاب: وإن أخذ الشفيع الشقص، ثم وجد البائع العيب لم يملك استرداد الشقص؛ لأنه يلزم عنه بطلان عقد آخر».

(٤) قال ابن القاسم في المدونة (١٤/ ٤٢١): «(قلت): أرأيت إن اشتريت شقصاً من دار بعبد ثم أخذها الشفيع بالشفعة فأصاب بائع الدار بالعبد عيباً (قال): يرده ويأخذ قيمة الدار من المشتري للدار، وقد مضت الدار للشفيع بالشفعة (قلت): ولم أمضيت الدار للشفيع بالشفعة ها هنا؟ (قال): لأن هذا المشتري إذا دفعها إلى الشفيع فهو منزلة ما لو باعها من غيره»، وانظر: التاج والإكليل للعبدري (٥/ ٣٣١)، الشرح الكبير للدردير (٣/ ٤٩٣).

(٥) قال النووي في روضة الطالبين: (٤/ ١٧٣، ١٧٤): «ولو علم عيب العبد بعد أخذ =

أصحابه[1] قول بالاسترداد؛ يأخذه المشتري من الشفيع ويسلمه إلى البائع؛ لقيام الشفيع مقام المشتري، فيضمن رد البائع [نقض][2] ملكه كما يضمن [نقض][3] ملك المشتري، لو كان في ملكه، وفيه ضعف، وقد ذكرنا توجيه الأول، فله رد العبد إذاً، والرجوع بقيمة الشقص، أما رد العبد، فلأنه خلاف ما اقتضاه العقد، إذ مقتضاه السلامة، وأما الرجوع بقيمة الشقص، فلتعذر الشقص، فوجب البدل؛ لأنه الممكن، كما في بدل المغصوب عند تعذره [٢٠٧/ب] ولا رجوع بقيمة العبد؛ لانفساخ العقد فيه بالرد بخلاف الشقص، فإن ساوت قيمة البعد فذاك، وإن زادت إحداهما على الأخرى، ففي رجوع باذل الزيادة من المشتري والشفيع على صاحبه وجهان حكاهما في «المغني»[4].

أحدهما: يرجع بالزيادة، وهو ما قال: القاضي، وابن عقيل[5]،

= الشفيع الشقص، لم ينقض ملك الشفيع، كما لو باع ثم اطلع على عيب، وفي قول يسترد المشتري الشقص من الشفيع، ويرد عليه ما أخذه، ويسلم الشقص إلى البائع؛ لأن الشفيع نازل منزلة المشتري، فرد البائع يتضمن نقض ملكه، كما يتضمن نقض ملك المشتري لو كان في ملكه. والمشهور هو الأول»، وانظر: فتح العزيز شرح الوجيز للرافعي (١١/ ٤٥٧).

(١) قال العمراني في البيان (٧/ ١٢٧): «فإن كان بعد أن أخذ الشفيع الشقص، فلبائع الشقص أن يرد العبد على المشتري؛ لأنه ملكه منه بعقد معاوضة، فكان له ردُّه بالعيب، فإذا ردَّه عليه، لم يكن للمشتري أن يسترجع الشقص من الشفيع؛ لأن الشفيع قد ملكه بالأخذ فلم يجز إبطال ملكه، كما لو باعه للمشتري، ثم وجد بائعه بالثمن عيباً، فعلى هذا: يرجع بائع الشقص على المشتري بقيمة الشقص؛ لأنه تعذر عليه الرجوع إلى عين الشقص، فرجع عليه بقيمته، كما لو غصب شيئاً، فتلف في يده».

(٢) ورد في المخطوط: (نقص) وهو تصحيف، ما أثبت من روضة الطالبين للنووي (٤/ ١٧٤).

(٣) ورد في المخطوط: (نقص) وهو تصحيف، ما أثبت في روضة الطالبين للنووي (٤/ ١٧٤).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٦٨).

(٥) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٧٣): «أحدهما: يرجع بالزيادة، وهو الصحيح من المذهب، اختاره القاضي، وابن عقيل، والمجد، وجزم به في الكافي، وصححه في الفروع».

وصاحب «المحرر»[(١)]، ولم يورد سواه في «الكافي»[(٢)]، وقال به الشافعية[(٣)] في أحد الوجهين، ويحكى عن ابن سريح[(٤)]؛ لأن قيمة الشقص هي التي استقر بها الشقص على المشتري، والشفيع إنما يأخذها [بما][(٥)] استقر على المشتري.

والثاني: كالوجه الآخر للشافعية[(٦)]، قال الرافعي[(٧)]: هو الأظهر؛

---

(١) قال أبي البركات في المحرر (١/ ٣٦٧): «وللبائع إلزام المشتري بقيمة الشقص فيتراجع الشفيع والمشتري بفضل ما بين القيمة والثمن، فيرجع به من وزنه منهما على الآخر».

(٢) قال ابن قدامة في الكافي (٢/ ٤٢٦): «وقد أخذه الشفيع بقيمة العبد فإن كانت مختلفين رجع صاحب الأكثر على الآخر، بتمام القيمة؛ لأن الشفيع يأخذ بما استقر عليه العقد، والذي استقر عليه العقد قيمة الشقص».

(٣) قال العمراني في البيان (٧/ ١٢٨): «هل يثبت التراجع بين الشفيع والمشتري بما بين قيمة الشقص وقيمة العبد، إن كان بينهما اختلاف فيه وجهان: **أحدهما**: لا تراجع بينهما؛ لأن الشفيع قد أخذ الشقص بالثمن الذي استقر عليه العقد، وهو قيمة العقد، ولا يتغير ذلك لما حدث من الرد، **والثاني**: يتراجعان؛ لأن الشفيع يأخذ الشقص بما استقر على المشتري، والذي استقر عليه الآن، وهو قيمة الشقص»، وانظر: فتح العزيز للرافعي (١١/ ٤٥٧).

(٤) قال الرافعي في فتح العزيز شرح الوجيز (١١/ ٤٥٧، ٤٥٨): «ويحكى عن ابن سريح أنه يثبت التراجع بينهما؛ لأن قيمة الشقص استقر الحال عليها، وقرار الفسخ، ينفي أن يأخذها بما قام على المشتري».

(٥) ساقطة من المخطوط، وأثبتها كما في البيان للعمراني. انظر: (٧/ ١٢٨).

(٦) قال النووي في روضة الطالبين (٤/ ١٧٤): «فإن كانت مثل قيمة العبد فذاك، وإلا ففي رجوع من بذل الزيادة على صاحبه، وجهان، أصحهما: لا رجوع؛ لأن الشفيع ملكه بالمبذول، فلا يتغير حكمه».

(٧) قال الرافعي في فتح العزيز شرح الوجيز (١١/ ٤٥٧): «و إن زادت قيمة الشقص على قيمة العبد أونقصت عنها، ففي رجوع من بذل الزيادة من المشتري أو الشفيع على صاحبه وجهان: (أظهرهما): أنه لا تراجع بينهما؛ لأن الشفيع قد ملكه بالعوض المبذول، فلا يتغير حكمه بعد ذلك كما إذا باعه ثم رد البائع العبد بالعيب».
والرافعي هو: أبو القاسم، عبد الكريم بن أبي الفضل الرافعي الغزوييني، شيخ الشافعية، ولد سنة (٥٥٥هـ)، كان من العلماء العاملين، يذكر عنه تعبد ونسك، وتواضع، انتهت إليه معرفة المذهب، من مصنفاته: «فتح العزيز شرح الوجيز»، =

لأن الشفيع أخذ بما وقع العقد عليه، وهو قيمة العبد صحيحاً فلا يعتبر بالطاري.

وإن عاد الشقص إلى المشتري بعد دفع قيمته ببيع أو إرث أو هبة أو غيرها، ففي «المجرد» و«الفصول»[(١)]: لا يلزمه الرد على البائع، ولا للبائع استرداده. وبه قال الشافعي[(٢)]؛ لأن حق البائع منحصر في القيمة؛ لفوات الشقص، فلم يملك ما عداها بحال، كما لو كان المبيع عيناً فتلفت، وهذا بخلاف أخذ المالك لقيمة المغصوب عند تعذره، فإنه يسترد المغصوب عند إمكانه؛ لاستمرار ملكه فيه، والشقص ليس في ملكه، ولا في ملك المشتري، فافترقا[(٣)].

وإن أراد المشتري رده على البائع واسترداد القيمة لم يكن له لما ذكرنا.

وإن أخذ البائع الأرش، ولم يرد، فإما أن يكون الشفيع أخذ بقيمته صحيحاً، فلا رجوع للمشتري عليه؛ لأن ما قابل الأرش أخذه، وإما بقيمته معيباً، فللمشتري الرجوع بما أدى من الأرش، ذكره أصحابنا[(٤)]، لقيامه عليه بالعبد والأرش[(٥)].

= و«شرح مسند الشافعي»، توفي سنة (٦٢٣هـ).
انظر: السير (٢٢/ ٢٥٢ ـ ٢٥٥)، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة (٢/ ٧٥ ـ ٧٧)، شذرات الذهب (٥/ ١٠٨، ١٠٩).

(١) انظر: الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٧٣).

(٢) قال العمراني في البيان (١١/ ١٢٨): «فإن عاد الشقص إلى المشتري ببيع أو هبة أو إرث، لم يكن للبائع أن يرد القيمة، ويطالب بالشقص؛ لأن ملك البائع والمشتري قد زال عن الشقص، بخلاف المغصوب إذا ضلّ عن الغاصب؛ لأن ملك المغصوب منه لم يزل»، وانظر: فتح العزيز شرح الوجيز للرافعي (١١/ ٤٥٨).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٦٨)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٥٦)، الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٧٣)، كشاف القناع للبهوتي (٤/ ١٥٥).

(٤) انظر: الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٧٣).

(٥) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٦٨): «وإن عفا عنه، ولم يأخذ أرشاً لم يرجع الشفيع =

ولو عفا البائع مجاناً بالقيمة صحيحاً، ففي «المغني»، لا يرجع الشفيع على المشتري بشيء؛ لأن العقد إنما وقع على ما أخذ به، وعفو البائع مسامحة منه للمشتري، فهو كحط(١) بعض الثمن عنه، بعد لزوم العقد(٢).

فصل

اشترى شقصاً بعبد أو [بثمن](٣) معين، وظهر مستحقاً، فالبيع باطل ولا شفعة، وعلى الشفيع رد الشقص إن أخذه وهو مذهب الشافعي(٤).

وعن أبي حنيفة(٥): صحة البيع إن كان الثمن نقداً؛ بناء على عدم تعيين النقود بالتعيين.

= عليه بشيء؛ لأن البيع لازم من جهة المشتري، لا يملك فسخه، فأشبه ما لو حط عنه بعض الثمن بعد لزوم العقد».

(١) حط: أي: ما يحط من جملة الحساب، وانحط السعر وغيره، واستحطه من الثمن شيئاً، والحطيطة: كذا وكذا من الثمن، وانظر: مختار الصحاح (١/ ٢٦٠)، المعجم الوسيط (١٨٢).

(٢) انظر: الكافي لابن قدامة (٢/ ٤٢٥)، الفروع لابن مفلح (٤/ ٤٠٠)، كشاف القناع للبهوتي (٤/ ١٥٤)، شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٢/ ٣٤٤، ٣٤٥).

(٣) وقع في المخطوط: (ثمن)، والصواب ما أثبت كما ورد في المغني، وانظر: (٧/ ٤٦٩).

(٤) قال النووي في روضة الطالبين (٤/ ١٧٥، ١٧٦): «إذا ظهر الاستحقاق في ثمن الشقص المشفوع فإن ظهر في ثمن المبيع نظر إن كان معيناً بان بطلان البيع، وبطلت الشفعة، وعلى الشفيع رد الشقص إن كان قبضه»، وانظر: المحرر للرافعي (٧٢١)، الوسيط للغزالي (٤/ ٨٨).

(٥) قال البخاري في كشف الأسرار (٣/ ٤٧١): «الدراهم والدنانير والفلوس الرائجة لا تتعين بالتعيين في عقود المعاوضات عندنا، وعند زفر والشافعي وأصحابه تتعين وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا هلكت الدراهم المعينة أو استحقت لا ينفسخ العقد عندنا وعندهم ينفسخ»، وانظر: المبسوط للسرخسي (١٩/ ٩٨).

وقال مالك[1]: إن كان الشفيع أخذه فلا رد؛ لأنه [٢٠٨/أ] فوت.

لنا: أن الشفعة إنما ثبتت في عقد ينقل الملك، والنقل[2] من شرط الصحة، فلا يثبت في الباطل. فالرد معين وكونه فائتاً غير صحيح، فإن الرد ممكن[3].

وإن ظهر البعض مستحقاً بطل البيع في ذلك البعض؛ لوجود المقتضى، وفي الباقي روايتا تفريق الصفقة[4].

وإن فرقنا، وأجاز المشتري، فللشفيع الأخذ؛ لقيام السبب، إن لم يجز، وأراد الشفيع الأخذ، ففيه ما مر في مسألة رد الشقص المعيب.

وإذا نجز هذا، فالاستحقاق إنما يثبت بالبينة أو إقرار[5] الشفيع

---

(١) قال ابن القاسم في المدونة (١٤/ ٤٢١): «(قلت): **أرأيت إن اشتريت شقصاً من داره بعبد فأخذ الشفيع ذلك الشقص بشفعته ثم استحق العبد من يد بائع الدار (قال): قد مضت الدار للشفيع ويرجع بائع الدار على المشتري بقيمة الشقص»، وانظر: التاج والإكليل للعبدلي (٥/ ٣٣١)، الفواكه الدواني للقيرواني (٢/ ١٥٢).**

(٢) (فإن من شروط صحة البيع أن يكون المعقود عليه مقدوراً على تسليمه؛ لأن ما لا يقدر على تسليمه شبيه بالمعدوم، فلم يصح بيعه) ـ بتصرف ـ انظر: الإقناع للحجاوي (٢/ ١٦٦)، الروض المربع للبهوتي (٢٤٩).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٦٩)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٥٨)، الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٧٣)، شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٢/ ٢٤٥)، كشاف القناع للبهوتي (٤/ ١٥٥).

(٤) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٥٨)، الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٧٣).

(٥) الإقرار: هو الاعتراف بالحق، مأخوذ من المقر، وهو المكان، كأن المقر يجعل الحق في موضعه، وهو إخبار عما في نفس الأمر لا إن شاء.
وقد أجمع الأئمة على صحة إقرار المرء على نفسه؛ لأن الإقرار إخبار على وجه تنتفى عنه التهمه والريبة، فإن العاقل لا يكذب على نفسه كذبا يضرها، ولهذا كان آكد من الشهادة. فإن المدعي عليه إذا أعترف لم تسمع عليه الشهادة، وإنما تسمع إذا أنكر.
انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٢٦٢)، العدة لبهاء الدين المقدسي (٦٣٩)، الروض المربع للبهوتي (٥٥٦).

والمتبايعين، فإن أقرا وأنكر الشفيع، لم ينفذ إقرارهما عليه، وكان له الشفعة، والعبد يرد إلى مالكه، وعلى المشتري للبائع قيمة الشقص؛ لأن الفوت من جهته وفي يده.

وإن أقر الشفيع والمشتري، وأنكر البائع، لم ينفذ الإقرار عليه، ولا شفعة لتصادقهما على موجب النفي، وعلى المشتري قيمة العبد لمالكه لتفويته إياه[١].

قال في «المغني»[٢]: ويبقى الشقص معه يزعم أنه للبائع، والبائع ينكره، ويدعي عليه وجوب رد العبد، والبائع ينكره، فيشتري الشقص منه ويتبارءان. انتهى.

وفيه غير وجه من الإشكال.

وإن أقر الشفيع والبائع، وأنكر المشتري، فلا شفعة، وعلى البائع رد العبد على مالكه، ولا شيء على المشتري؛ لأن العبد لا ينفذ إقرارهما فيه بالنسبة إلى المشتري، فهو ملكه ظاهراً[٣] وقد أداه.

وإن أقر الشفيع وحده لم ينفذ عليهما، وسقطت شفعته لاعترافه[٤][٥].

(١) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٦٩)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٥٥)، الإقناع للحجاوي (٢/ ٦٢١).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٦٩).

(٣) الظاهر: ما دلّ دلالة راجحة بحيث يظهر منه المراد للسامع بنفس الصيغة ويكون محتملاً للتأويل والتخصيص. انظر: التعريفات (١/ ١٨٥)، الحدود الأنيقة (١/ ٨٠)، التعاريف (١/ ٤٨٩).

(٤) الاعتراف: هو إظهار لأمر متقدم وليس بإنشاء، والإعتراف هو الإقرار، يقال: أقر بالشيء إقراراً، إذا اعترف به فهو مقر، والشيء مقر به. انظر: المطلع (١/ ٤١٤)، مختار الصحاح (١/ ١٧٩).

(٥) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٦٩)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٥٨، ٤٥٩).

فصل

وإن كان الشراء بثمن (في)[1] الذمة ونقده، فخرج مستحقاً، لم يبطل البيع والشفعة بحالها، وتعين رد الثمن إلى مالكه، وعلى المشتري إذاً ثمن صحيح، فإن تعذر لإعسار[2] أو غيره، ففي «المغني»[3]: للبائع فسخ البيع، ويقدم حق الشفيع؛ لأن الأخذ بها يحصل للمشتري ما يؤديه ثمناً فتزول عسرته، ويحصل الجمع بين الحقين فكان أولى». هذا ما قال، وهو مقتضٍ لانتفاء الفسخ؛ لتقدم حق الشفعة، ولكونه في حكم القادر على الثمن[4]، والله أعلم.

فصل

وإن كان الثمن مكيلاً أو موزوناً، فتلف قبل قبضه[5] بطل البيع، وانتفت الشفعة.

أما بطلان العقد؛ فلأن تسليم العوض تعذر، فتعذر إمضاء العقد.

وأمّا انتفاء الشفعة؛ فلتوقفها على ثبوت البيع، فهو كفسخ العقد في زمن الخيار.

---

(١) ساقطة من المخطوط وأضيفت لمناسبتها السياق.

(٢) الإعسار: مصدر والاسم منه العُسرة وهي قلة ذات اليد. وأعسرتك طلبت منك الدين على عسرة؛ فالمعسر على هذا المضيق والمطالب به. انظر: المطلع (١/ ٢٥٥)، لسان العرب (٤/ ٥٦٤).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٦٩).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٦٩)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٥٩)، الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٧٣، ٢٧٤)، كشاف القناع (٤/ ١٥٥).

(٥) قال ابن قدامة في المغنى (٦/ ١٧): «إذا تلفت السلعة في مدة الخيار، فلا يخلو، إما أن يكون قبل القبض، أو بعده فإن كان قبل القبض وكان مكيلاً أو موزوناً انفسخ البيع، وكان من مال البائع»، وانظر: المبدع لابن مفلح (٤/ ١١٧، ١١٨)، الإقناع للحجاوي (٢/ ٢٠٦)، الإنصاف للمرداوي (٥/ ٦٢)، الروض المربع للبهوتي (٢٦٧).

وإن كان الشفيع أخذ الشقص لم يكن لأحد استرداده[١]، ذكره «المصنف»[٢]؛ لأن تصرف المشتري [٢٠٨/ب] قبل تقبيض الثمن صحيح[٣] فلا يملك البائع إبطاله، كما لو بيع لأجنبي، وعلى المشتري [قيمة][٤] الشقص للبائع؛ لتفويته إياه عليه، والله اعلم.

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٦٩)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٥٧)، الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٧٤)، الإقناع للحجاوي (٢/ ٦٢٢)، كشاف القناع (٤/ ١٥٦).

(٢) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٦٩): «لأن لمشتري الشقص التصرف فيه قبل تقبيض ثمنه، فأشبه ما لو اشتراه من أجنبي».

(٣) وبصحة تصرف المشتري في مدة الخيار قال المرداوي: «وفي طريقة بعض الأصحاب: للمشتري التصرف، ويكون رضى منه بلزومه، وقال في القواعد: والمنصوص عن الإمام أحمد في رواية أبي طالب: أن للمشتري التصرف فيه بالاستقلال، على القول بأن الملك ينقل إليه. وهو المذهب».
انظر: الإنصاف (٤/ ٣٧١)، وانظر: المغني لابن قدامة (٦/ ٢٤).

(٤) ورد في المخطوط: (فيه)، والأصوب ما أثبت، كما في المغني (٧/ ٤٦٨).

[إقالة الشفيع البائع]

فصل

قال في «المغني»[(١)]: وجبت الشفعة، وقضى القاضي بها، والشقص في [يد البائع][(٢)]، ودفع الثمن إلى المشتري، فقال البائع للشفيع: أقلني، فأقاله، لم تصح الإقالة؛ لأنها بين المتايعين، ولا بيع بين الشفيع والبائع، إنما هو مشتر من المشتري.

قال: فإن باعه إياه صح [البيع][(٣)]؛ لأن العقار يجوز التصرف فيه قبل قبضه. انتهى.

(١) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٧٠).
(٢) ساقطة من المخطوط، وأثبتها كما في المغني (٧/ ٤٧٠).
(٣) ساقطة من المخطوط، وأثبتها كما في المغني. انظر: الموضع السابق.

[الأخذ بالشفعة من وكيل بيت المال]

فصل

ارتد[١] المشتري وقتل أو مات، قال في «الشرح الكبير»[٢]: للشفيع الأخذ من وكيل بيت المال لوجوب الشفعة بالشراء، وانتقال التركة[٣] إلى المسلمين [بقتله[٤] لا يمنع [الشفعة][٥] كما لو مات مسلماً، وانتقل ماله إلى ورثته أو إلى بيت المال[٦].

---

(١) الردة بالكسر مصدر قولك رده يرده رداً وردة، والردة الاسم من الارتداد.
والردة عن الإسلام: الرجوع عن الإسلام، وارتد فلان عن دينه إذا كفر بعد إسلامه وتطلق على الاتيان بما يخرج من به عن الإسلام إما نطقاً أو اعتقاداً أو شكاً.
انظر: المطلع (١/ ٢٥)، لسان العرب (٢/ ١٧٢)، مختار الصحاح (١/ ١٠٢).

(٢) قال ابن قدامة في الشرح الكبير (١٥/ ٤٧٧): «ولو اشترى رجل شقصاً ثم ارتد، فقتل أو مات، فللشفيع أخذه بالشفعة؛ لأنها وجبت بالشراء، وانتقاله إلى المسلمين بقتله أو موته لا يمنع الشفعة، كما لو مات على الإسلام، فورثه ورثته، أو صار ماله لبيت المال، لعدم ورثته، والمطالب بالشفعة وكيل بيت المال».

(٣) **التركة في اللغة**: ما يتركه الشخص ويبقيه، وتركة الميت: متروكه.
وفي الإصطلاح: ما ترك الإنسان صافياً خالياً عن حق الغير. وهي المال الصافي عن أن يتعلق حق الغير بعينه.
انظر: لسان العرب (١٠/ ٤٠٦)، التعريفات (١/ ٧٩).

(٤) كلمة غير واضحة رسمها: (قيا) والأصح ما أثبت، كما ورد في الشرح الكبير. انظر: (١٥/ ٤٧٧).

(٥) ساقطة من المخطوط، وأثبتها كما في الشرح الكبير الموضع السابق.

(٦) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٥١٣)، شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٢/ ٣٤٣)، كشاف القناع (٤/ ١٥٦).

• **المسألة الخامسة:**

اختلف المتبايعان في قدر الثمن[1]، ولا بينة، وتحالفا فتفاسخا: فإما قبل أخذ الشفيع أو بعده، إن كان قبل ـ وهو ما في «الكتاب» ـ[2] فللشفيع أخذه، وكذلك أورد المصنف[3]، والأصحاب[4]؛ القاضي وأبو الخطاب[5] وابن عقيل في آخرين، والشافعية[6] في أظهر الوجهين؛ اعتباراً لسبق حقه، فإنه ثابت بنفس البيع وقد اتفقا عليه، وإنما اختلفا في قدر العوض، فلا يعود على حق الغير بالإبطال.

ويتخرج انتفاء الشفعة من مثله في الإقالة والرد بالعيب على الرواية المحكية فيما مر وأولى، فإن الشفعة هي الأخذ من المشتري بما أخذ به، وهو متعذر ها هنا، لتعذر إلزامه بما لا يعترف به من الثمن، ولا

---

(١) عن ابن مسعود قال: قال رسول الله ﷺ: «**إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة، فالقول ما يقول رب السلعة أو يتتاركان**»، والحديث صحيح. انظر: حديث رقم (٢٨٩)، صحيح الجامع.

(٢) انظر: المقنع (٢/ ٢٦٨)، قال ابن قدامة: «وإن لم يكن للبائع بينة فتحالفا، فللشفيع أخذه بما حلف عليه البائع».

(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٩٥).

(٤) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٧٤): «فإن كان قبل أخذ الشفيع، وهي مسألة المصنف، فللشفيع الأخذ. هذا المذهب وعليه الأصحاب وقطعوا به».

(٥) قال أبو الخطاب في الهداية (٣٢٣): «فإن اختلفا في الثمن فتحالفا، وفسخ، فله أن يأخذ بما حلف عليه البائع».

(٦) قال النووي في روضة الطالبين (٤/ ١٨٠): «إن لم تكن بينة وتحالفا، وفسخ البيع بينهما، أو انفسخ، فإن جرى ذلك بعدما أخذ الشفيع الشقص أقر في يده وعلى المشتري قيمة الشقص للبائع، وإن جرى قبل الأخذ ففي سقوط حقه الخلاف في خروجه معيباً».

«والخلاف المذكور فيما إذا خرج معيباً هو أن المسألة على وجهين: وأظهرهما: عند الجمهور وقطع به بعضهم: أن الشفيع أولى بالإجابة لأن حقه سابق، فإنه ثبت بالبيع، والثاني: المشتري أولى؛ لأن الشفيع إنما يأخذ إذا استقر العقد» ـ بتصرف ـ (٤/ ١٦١)، وانظر: الحاوي للماوردي (٧/ ٢٤٧، ٢٤٨)، فتح العزيز شرح الوجيز للرافعي (١١/ ٤٧١، ٤٧٢).

كذلك الإقالة، والفسخ، فإن الأخذ فيهما منه ممكن بما [استقر][(١)] العقد عليه، فأمكن نقض الإقالة والفسخ، ليقع الأخذ من المشتري، وهذا الوجه الآخر للشافعية[(٢)]؛ لزوال العقد ولانتفاء ضرر الدخيل.

فعلى الأول[(٣)]، يأخذ بما حلف البائع عليه؛ لأنه لا يمكن الأخذ بما قال المشتري؛ لانتفاء ثبوته، فتعين ما قال البائع؛ لأنه المعترف به، وأيضاً فالإنسان لا يجبر على المعاوضة بدون ما رضيه، قال ابن عقيل: وهل تقنع يمينه الأولى؟ يحتمل أن لا؛ لأن تلك قابل بها يمين المشتري، فاحتاج إلى يمين تخص، ويحتمل أن يقنع بهما؛ لأن اليمين تصلح لتصديقه في حق الاثنين [. . . . .][(٤)].

والثاني: وإن وجد التفاسخ بعد الأخذ أقر بيد الشفيع، وكان عليه للبائع ما حلف عليه لما ذكرنا[(٥)].

---

(١) ساقطة من المخطوط، وأثبتها كما ورد في روضة الطالبين.

(٢) وهو انتفاء الشفع؛ لأن المشتري أولى.

(٣) أن الشفيع أولى بالإجابة؛ لأن حقه سابق فإنه ثبت بالبيع.

(٤) كلمة مكررة في المخطوط وهي [اثنين].

(٥) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٧٤): «فعلى المذهب: يأخذ بما حلف عليه البائع؛ لأنه مقر البيع بالثمن الذي حلف عليه، ومقر له بالشفعة، وإن وجد التفاسخ بعد أخذ الشفيع، أقر بيد الشفيع، وكان عليه للبائع ما حلف عليه»، وانظر: المستوعب للسامري (٢/ ٩٩)، الإقناع للحجاوي (٢/ ٦٢١)، الروض المربع للبهوتي (٣٤٠، ٣٤١)، شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٢/ ٣٤٤).

[شهادة الشفيع عند اختلاف المتبايعين]

فصل

وإن أقام بما قال البائع بينة: ثبت ما [٢٠٩/أ] قال: على المشتري، ولم يكن للمشتري إلزام الشفيع بالزيادة على ما ادعاه؛ لزعمه أن البائع ظالم بها؛ وأنها غير معقود عليها، فتقبل إذاً شهادة[١] الشفيع للبائع؛ لانتفاء التهمة، ولا تقبل للمشتري؛ لأنه يجربها منفعة تقليل الثمن[٢]، وكذلك مذهب الشافعي[٣].

(١) **الشهادة في اللغة**: قيل أنها مشتقة من الشهود بمعنى الحضور؛ لأن الشاهد يحضر مجلس القضاء للآدآء فسمي الحاضر شاهداً. وقيل: أنها مشتقة من المشاهدة وهي المعاينة، والشاهد: حامل الشهادة ومؤديها.

وفي الشرع: عبارة عن إخبار عيان بلفظ الشهادة في مجلس القاضي بحق للغير على آخر، فالاخبارات الثلاثة إما بحق للغير على آخر وهو الشهادة، أو بحق للمخبر على آخر وهو الدعوى أو بالعكس وهو الإقرار.

ومبنى الشهادة على الصدق وفيها إحياء الحقوق الذاهبة وإبداء الدعاوى الناصبة وهو المقصود. ومدار قبول الشهادة وردها على غلبة ظن الصدق وعدمه.

انظر: تحرير ألفاظ التنبيه (١/ ٣٤١)، الطرق الحكمية (١/ ٢٥٧)، التعريفات (١/ ١٧٠)، أنيس الفقهاء (١/ ٢٣٧).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٩٤، ٤٩٥)، الكافي لابن قدامة (٢/ ٤٢٨)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٩٢)، المستوعب للسامري (٢/ ١٠٠)، فتح الملك العزيز شرح الوجيز لابن البهاء (٤/ ٢٦٨).

(٣) قال النووي في روضة الطالبين (٤/ ١٨٠): «وإن ثبت قول البائع بالبينة أو اليمين المردودة، لزم المشتري ما ادعاه البائع، وأخذ الشفيع بما ادعاه المشتري، وتقبل شهادة الشفيع للبائع، ولا تقبل للمشتري؛ لأنه متهم في تقليل الثمن»، وانظر: =

● **المسألة السادسة: التصرف بالإيجار:**

قال في «الكتاب»[١]: «للشفيع أخذه، وله الأجرة من يوم أخذه».

وهذا فيه أحكام:

الأول: صحة الإيجار؛ لأن استحقاق المسمى[٢] يقتضي سلامة العقد، وقد أثبته للشفيع من يوم أخذه.

وإنما كان صحيحاً؛ لأنه تصرف صدر من أهله في محله، أما أنه من أهله فلملكه وجواز تصرفه[٣]، وأما أنه في محله فلأنه عين صح بيعها فصح إيجارها كغير المشفوع.

الثاني: كون الإيجار لا يمنع الشفعة؛ لأنه ليس مانعاً من نقل الملك بدليل صحة البيع في المؤجر، وهو المقصود الأكبر من الإيراد.

الثالث: ثبوت الأجرة لما قبل أخذ الشفيع للمشتري، وهو مفهوم قوله: «وله الأجرة من يوم أخذه»؛ لأنه نماء ملكه[٤]، وذلك من فروع مسألة الغلة التي ستذكر إن شاء الله.

الرابع: ثبوت الأجرة للشفيع من يوم أخذه[٥]؛ لأن الشقص انتقل إلى ملكه، وهي من نمائه فتبعته، وهذا بخلاف بيع المؤجر، فإن البائع يستحق كمال الأجرة، لانتفاء تعلق حق الغير، فكان متمكناً من البيع

= الحاوي للماوردي (٧/ ٢٤٨)، فتح العزيز للعمراني (١١/ ٤٧٣).

(١) انظر: المقنع لابن قدامة (٢/ ٢٦٩).

(٢) المقصود بالمسمى: الأجرة والعوض المسمى في عقد الإجارة. انظر: المطلع (١/ ٤٨).

(٣) قال ابن قدامة في المغني (٨/ ٦٨) باب الإجارات: «فإن للشفيع تملك الشقص وشراءه، ويجوز بيعه لغيره».

(٤) انظر: فتح الملك العزيز شرح الوجيز لابن البهاء (٤/ ٢٦٢).

(٥) انظر: الكافي لابن قدامة (٢/ ٤٢٩)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٥٩)، الفروع لابن مفلح (٤/ ٤١٥)، الإقناع للحجاوي (٢/ ٦٢٢).

على سلب المنفعة مدة الإجارة، وها هنا تعلق به حق الانتزاع على الصفة التي وقع عليها البيع، والبيع وقع مشتملاً على المنفعة، فلم يتمكن من نقلها مسلوبة[١].

بقي أن يقال: إلزام الشفيع بمقتضى إيجار المشتري مشكل؛ فإنه لا ولاية له عليه، لا إذن له من جهته فيلزم مقتضاه، ولا يصح اعتباره بنفوذ إيجار البطن الأول على البطن الثاني في أحد الوجهين؛ لأن حق البطن الثاني لايثبت قبل انقراض البطن الأول بخلاف هذا[٢].

وكذلك نقول: يتخرج من الوجه الآخر توقف النفوذ على إجارة البطن الثاني الوقف على إجازة الشفيع، إن أجاز صح، وإلا بطل في حقه بالأولى، **ووجهه**: أنا تبينا التصرف في ملك الغير بغير إذنه[٣]،

---

(١) قال المرداوي في الإنصاف (٤/ ٣٣٢): «يجوز للبائع إجارة ما استثناه، وأعارته مدة استثنائه؛ كالعين المؤجرة إذا بيعت».
وانظر: القواعد النوارنية لابن تيمية (١/ ٢١٥)، الإقناع للحجاوي (٢/ ٥٣٠)، الروض المربع للبهوتي (٢٥٥)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٨٠).

(٢) قال ابن رجب في القواعد (١/ ٥١): «فالوقف إذا انتقل إلى البطن الثاني ولم تنفسخ إجارته، أنهم يستحقون الأجرة من يوم الانتقال، وكذلك نص أحمد في رواية جعفر بن محمد على مثل ذلك في بيع العين المؤجرة وأن المشتري يستحق الأجرة من حين البيع وهو مشكل؛ لأن المنافع في مدة الإجارة غير مملوكة للبائع فلا تدخل في عقد البيع، ويجاب عنه بأن البائع يملك عوضها وهو الأجرة ولم يستقر بعد، ولو انفسخ العقد لرجعت المنافع إليه، فإذا باع العين ولم يستثن شيئاً لم تكن تلك المنافع مستحقةً له لشمول البيع للعين ومنافعها فيقوم المشتري مقام البائع فيما يستحقه منها وهذا هو أحد الوجهين للأصحاب. والثاني: أنه ينفسخ الإجارة بأخذه وهو المجزوم به في المحرر لما قلنا من ثبوت حقه في العين والمنفعة فيملك انتزاع كل منهما ممن هو في يده وفارق إجارة الوقف على وجه لأن البطن الثاني لا حق لهم قبل انقراض الأول، وهنا حق الشفيع ثابت قبل إيجار المشتري فينفسخ بأخذه لسبق حقه» ـ بتصرف ـ.
انظر: المغني لابن قدامة (٥/ ٢٧٢)، القواعد لابن رجب (١/ ٥١، ٥٢)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٥٤).

(٣) انظر: القواعد لابن رجب (١/ ١٧٣، ١٧٤).

وهذا قوي، وقطع في «المحرر»[١] بفسخ الإجارة من حين الأخذ، لما ذكرنا من معنى التصرف في ملك الغير، فلا أجرة للشفيع إذاً والله أعلم.

قال: «وإن استغله فالغلة له، وإن أخذه الشفيع وفيه زرع أو ثمرة ظاهرة [٢٠٩/ب] **فهي للمشتري إلى الحصاد والجداد»[٢] فيه مسائل:**

الأولى: مادام الشقص في يد المشتري فغلته من منفعته وأجرة مملوكه له؛ لأنها من نمائه ولأنه لو تلف لكان من ضمانه، و(الخراج بالضمان)[٣]. فتكون له.

ثم هي للشفيع من حين أخذه[٤]؛ لما ذكرنا.

ومن الناس[٥] من قال: إن أخذ الشفيع، رد عليه المشتري ما استغل، و[إلَّا][٦] فالغلة له إن كان إيذان الشفيع ممكناً له أو للبائع حين الشراء، وإن لم يكن ممكناً فالغلة للمشتري كما قلنا.

الثانية: الزرع أو الثمر الظاهر وإما أن يوجد بعد البيع، فللمشتري

---

(١) قال مجد الدين في المحرر (١/ ٣٦٦): «ولو أجرة المشتري انفسخت الإجارة من حيث الأخذ».

(٢) انظر: المقنع المطبوع لابن قدامة (٢/ ٢٦٩)، والمخطوط (٥٨/ب).

(٣) مسند ابن الأثير قوله: «الخراج بالضمان»، قال: «يُريد بالخراج ما يحصل به من غلة العين المبتاعة، عبداً كان أو أمة أو ملكاً، وذلك بأن يشتري فيستغله زماناً، ثم يعثر فيه على عيب قديم، فله رد العين المبيعة، وأخذ الثمن، ويكون للمشتري ما استغله لأن المبيع لو كان تلف في يده لكان من ضمانه، ولم يكن شيء على البائع. وفي «بالضمان» متعلق بمحذوف تقديره «الخراج مستحق بالضمان»؛ أي: «بسببه». انظر: النهاية لابن الأثير (٢/ ١٩).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٧٧)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٦٠)، المبدع لابن مفلح (٥/ ٢٢٠)، فتح الملك العزيز لابن البهاء (٤/ ٢٦٢)، الروض المربع للبهوتي (٣٣٨).

(٥) قال السرخسي في المبسوط (١٣/ ١٣٤): «وكان أبو يوسف يقول أولاً يحط من الثمن حصة ما أكل المشتري من الثمر؛ لأن حال المشتري مع الشفيع كحال البائع مع المشتري قبل التسليم إليه»، وانظر: تبيين الحقائق للزيلعي (٦/ ٣٧٦).

(٦) ورد في المخطوط: (وأن لا)، والأصوب ما أثبت.

لاحق فيه للشفيع بحال؛ لحدوثه متميزاً في ملك المشتري[١]، وسيأتي الكلام في بقائه بعد الأخذ.

وإما أن يوجد قبل البيع، فكذلك في إطلاق المصنف[٢] بناء على انتفاء الشفعة فيه، أما إن قيل بثبوتها فيه فللشفيع بغير إشكال[٣].

الثالثة: مفهوم وصف الثمرة بالظهور: أن ما لم يظهر ـ كالطلع[٤] غير المؤبر[٥] ـ يكون ملكاً للشفيع بملك أصله، وجد حال البيع أو لم يوجد، وهو مصرح به في «المغني»[٦]، و«المجرد»، و«الفصول» وغيرها[٧]، وقد

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٧٨)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٦٢)، المبدع لابن مفلح (٥/ ٢٢٠).

(٢) المراد قول ابن قدامة في المتن: «وإن استغله فالغلة له؛ وإن أخذه الشفيع؛ وفيه زرع أو ثمرة ظاهرة فهي للمشتري».

(٣) وذلك للاختلاف في ثبوت الشفعة في الثمار والزرع، فقد قال أبو حنيفة: يؤخذ ذلك بالشفعة مع أصوله؛ لأنه متصل بما فيه الشفعة تبعاً؛ كالبناء والغراس وروي عن مالك أنه لا شفعة في الثمار، وروي عنه قول بثبوت الشفعة فيها. أما الشافعي فقد قال: لا تؤخذ بالشفعة مع الأصل.
وقال الحنابلة: أن الشفعة بيع في الحقيقة، ولكن الشارع جعل له سلطان الأخذ بغير رضى المشتري، فإن بيع الشجر وفيه ثمرة غير ظاهرة، دخل في الشفعة؛ لأنها تتبع في البيع، فأشبهت الغراس في الأرض، وأما ما بيع مفرداً من الأرض، فلا شفعة فيه.
انظر: المبسوط للسرخسي (١٤/ ١٣٣)، الهداية للمرغيناني (٤/ ٣٤)، المنتقى للباجي (٦/ ٢٠٢)، الذخيرة للقرافي (٧/ ٢٩٥)، المهذب للشيرازي (١/ ٤٩٥)، التعليقة الكبرى للطبري (٥/ ٢٥٧/ ب)، المغني لابن قدامة (٧/ ٤٤٠)، رؤوس المسائل في الخلاف لأبي جعفر (٢/ م١١٩٥).

(٤) الطلع: هو وعاء العنقود. انظر: المطلع (٢٤٣)، الدر النقي (٢/ ٤٥٢).

(٥) التأبير: هو التلقيح. انظر: تحرير ألفاظ التنبيه صفحة (١٨٢)، المطلع صفحة (٢٤٣).

(٦) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٤٠).

(٧) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٧٩): «مفهوم قوله: «أو ثمرة ظاهرة: أن ما لم يظهر يكون ملكاً للشفيع، وذلك كالشجر إذا كبر، والطلع إذا لم يؤبر، ونحوهما، =

مر الإلمام ببعضه فيما تقدم.

قال الشافعي في الجديد[١]: ما وجد منه بعد البيع فللمشتري، كما في الظاهرة؛ لأنه أخذ قهري ينبني على ما كان عليه في العقد فلا يتناول ما زاد، بخلاف البيع، حيث يتبع فيه؛ لأنه تمليك اختياري.

ولنا: أنها مستكنة[٢] في الشجر بأصل الخلقة، فهي كأجزاء الذات، ولهذا تتبع أصولها في الفسوخ، وأما طول الأشجار والأغصان، فللشفيع بالاتفاق؛ لأنه نماء لنفس الذات، ففصله يعود على الذات بالنقص[٣].

ولو تأبر الطلع المشمول بالبيع في يد المشتري كانت الثمرة له ـ ذكره في «المغني»[٤] ـ لأنها إنما حدثت في ملكه، وقيل التأبير هو بمنزلة الأصل فلا اعتبار به.

= وهو كذلك، قاله الأصحاب، منهم: القاضي في «المجرد»، وابن عقيل في «الفصول»، والمصنف في «الكافي»، و«المغني» والشارح وغيرهم».

(١) قال الماوردي في الحاوي الكبير (٧/ ٢٧٠): «وإن كانت الثمرة غير مؤبرة، ففي استحقاق الشفيع لها قولان: **أحدهما**: يستحقها، لاتصالها، كما يدخل في البيع تبعاً، وهذا قوله في القديم. **والقول الثاني**: لا يستحقها، وتكون للمشتري، لتميزها عن الأصل كالمؤبرة، وهذا قوله في الجديد. ويكون الفرق بين الشفعة والبيع: أن البيع نقل ملك بعوض عن مراضاة، فجاز أن يكون مالم يؤبر من الثمار تبعاً للقدرة على استيفائها بالعقد، والشفعة: استحقاق ملك بغير مراضاة، فلم يملك بها إلا ما تناوله العقد»، وانظر: نهاية المطلب للجويني (١/ ٧٥)، البيان للعمراني (٧/ ١٥٩).

(٢) الاستكانة استفعال من السكون، واكتن واستكن الشيء: استتر. والمكانة الموضع والمنزلة.

انظر: لسان العرب (١٣/ ٢١٨ ـ ٣٦١، ٣٦٢)، القاموس المحيط (١/ ١٥٨٤).

(٣) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٧٧): «وإنما المبيع في يد المشتري، لم يخل من حالين: **إحداهما**: أن يكون نماءً متصلاً كالشجر إذا كبر، أو ثمرة غير ظاهرة فإن الشفيع يأخذه بزيادته فتبعت الأصل»، وانظر: الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤١٢).

(٤) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٧٨): «فإن اشتراه وفيه طلع غير مؤبر فأبر، ثم أخذه =

وفيه وجه: هي للشفيع؛ لتعلق حقه بالطلع، ونماؤه بالظهور كالنماء بطول الأغصان، وقد مر الوجهان فيه فيما تقدم.

الرابعة: زرع المشتري للأرض لا يمنع أخذ الشفيع؛ لأنه نوع انتفاع فلم يمنع، كما في الإيجار[1].

الخامسة: أخذ الشفيع وفيه زرع أو ثمر ظاهر، فعليه تبقيته إلى الحصاد والجذاذ[2]، قياساً على نصه في زرع المستعير[3].

وهو قول مالك[4]، والشافعي[5]؛ لتضرر مالكه بالقلع أو القطع

= الشفيع، أخذ الأصل دون الثمرة، ويأخذ الأرض والنخيل بحصتها من الثمن».

(1) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٧٨): «وإذا انقضت الإجارة في الأرض غراس أو بناء لم يشترط قلعه عند انقضائها، فخير المالك بين أخذه بالقيمة، أو تركه بالأجرة، أو قلعه وضمان نقصه، هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب من حيث الجملة».
وقال ابن قدامة في الشرح الكبير (١٥/ ٤٦١): «إذا زرع المشتري الأرض، فللشفيع الأخذ بالشفعة».

(2) انظر: العدة لابن قدامة (٢٧٦)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٦١)، المبدع لابن مفلح (٥/ ٢٢٠)، الإقناع للحجاوي (٢/ ٦٢٢)، فتح الملك العزيز لابن البهاء (٤/ ٢٦٢).

(3) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٣٥١): «وإن أعاره أرضاً لزراعة شيء، فله الرجوع ما لم يزرع، فإذا زرع لم يملك الرجوع فيها إلى أن ينتهي الزرع، فإن بذل له قيمة الزرع ليملكه لم يكن له ذلك. نص عليه أحمد؛ لأن له وقتاً ينتهي إليه».
وقال أبو الفضل صالح في مسائل أبيه الإمام أحمد (٣/ ١٨٩): «قلت لأبي: الرجل يُعير الأرض يزرعها، قال: «ليس أن يرجع حتى يدرك الزرع».

(4) قال القرافي في الذخيرة (٧/ ٣٦٥): «من ابتاع أرضاً بزرعها الأخضر، ثم قام الشفيع بعد طيبه، فإنما له الشفعة في الأرض دون الزرع بحصتها من الثمن، بقيمتها من قيمة الزرع»، وقال في موضع آخر «إذا زرع المشتري الأرض أخذها الشفيع والزرع للزارع». انظر: (٧/ ٣٦٥)، وانظر: المقدمات الممهدات لابن رشد (٣/ ٢٧٧).

(5) قال النووي في روضة الطالبين (٤/ ١٧٨): «وإن كان قد زرع؛ بقي زرعه إلى أن يدرك فيحصد؛ وقياس الباب: أن يجيء الخلاف المذكور هناك في الأرض المستعارة؛ والمذهب في الموضعين؛ تبقية الزرع»، وانظر: نهاية المطلب للجويني (١/ ٧٥)، فتح العزيز للرافعي (١١/ ٤٦٥).

قبل الأوان؛ ولأنه زارع في ملكه، وتضرر الشفيع به لا يدوم، فهو كبيع الأرض [٢١٠/أ] المزروعة، لكن هل يترك مجاناً أو بأجرة؟

قال في المغني[١]: يترك مجاناً، وكذا قال صاحب «التلخيص»[٢]، وهو ظاهر إطلاق «الكتاب»[٣]، ومذهب الشافعي[٤]، وابن القاسم[٥]؛ لأنه زرع في ملكه، والشفيع دخل عليه أشبه غير المشفوع.

وهذا بالنسبة إلى وجوب الأجرة للشفيع في المؤجر مشكل جداً، فينبغي أن يخرج وجوب الأجرة ههنا من وجوبها ثم، وهو وجه للشافعية[٦] لعدم الفرق، والله أعلم.

---

(١) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٧٧): «وإن زرع في الأرض، فللشفيع الأخذ بالشفعة، ويبقى زرع المشتري إلى أوان الحصاد؛ لأن ضرره لا يتباقى، ولا أجرة عليه؛ لأنه زرعه في ملكه».

(٢) قال المرداوي في الإنصاف (٩/ ٢٧٥): «قال المجد في شرح «الهداية»: هذا أصح الوجهين لأصحابنا، وجزم به في «المغني»، و«الشرح»، وشرح ابن منجا، و«التلخيص»».

(٣) قال ابن قدامة في المقنع (٢/ ٢٦٩): «وإن أخذه الشفيع وفيه زرع أو ثمرة ظاهرة فهي للمشتري مبقاة إلى الحصاد والجذاذ».

(٤) قال الرافعي في فتح العزيز (١١/ ٤٦٥): «والمشهور أنه لا مطالبة للشفيع بالأجرة، بخلاف المعير، فإن المستعير زرع أرض المعير والمشتري زرع ملك نفسه، واستوفى منفعته بالزراعة، وهذا كما لو باع أرضاً مزروعة لا يطالبه المشتري بالأجرة لمدة بقاء الزرع»، وانظر: الحاوي الكبير للماوردي (٧/ ٢٧٠)، روضة الطالبين للنووي (٤/ ١٧٨).

(٥) قال ابن القاسم في المدونة (١٤/ ٤٢٨): «قال ابن القاسم وبلغني عنه: - وهو رأيي - أنه قال: ما بيع من الثمار مما فيه الشفعة من التمر والطيب والثمار كلها سوى الزرع بما يبس في شجره، فباع نصيبه إذا يبست واستجدت، فبيع، فلا شفعة في ذلك قبل الزرع، وذلك أن ما بيع من الثمار بعدما يبس واستجد فلا جائحة فيه وكذلك الزرع لا جائحة فيه وأمرهما واحد»، وانظر: المقدمات الممهدات لابن رشد (٣/ ٧٦).

(٦) قال الرافعي في فتح العزيز (١١/ ٤٦٥): «وهل للشفيع أن يطالبه بالأجرة؟ عن صاحب «التقريب»: «أن له المطالبة كما أن المعير يبقى بالأجرة على الظاهر»، وانظر: روضة الطالبين للنووي (٤/ ١٧٨).

قال: «وإن قاسم المشتري وكيل الشفيع، أو قاسم الشفيع؛ لكونه أظهر له زيادة في الثمن أو نحوه، وغرس أو بنى، فللشفيع أن يدفع إليه قيمة الغراس أو البناء ويملكه، أو يقلعه ويضمن النقص، فإن اختار أخذه، فأراد المشتري قلعه، فله ذلك إذا لم يكن فيه ضرر»[١].

للمشتري التصرف بالغرس والبناء في الجملة[٢].

قال في رواية سندي الخواتيمي: «ليس هذا بمنزلة الغاصب[٣]».

وفي رواية حنبل: «لأنه عمر وهو يظن به أنه مالك لها، وليس كما إذا زرع بغير إذن أهله»[٤].

وبهذا قال مالك[٥]، والشافعي[٦] في آخرين؛ لحصوله فيما له بيعه، فهو كبناء المتهب وغرسه قبل رجوع الواهب، وبوصف البيع

---

(١) انظر: المقنع لابن قدامة المطبوع (٢/ ٢٦٩، ٢٧٠)، والمخطوط (٥٨/ ب).

(٢) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٧٨): «يجوز للمشتري التصرف في الشقص الذي اشتراه بالغرس والبناء في الجملة، وهو ظاهر كلام الأصحاب»، وانظر: الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٦٣)، المبدع لابن مفلح (٥/ ٢٢٠).

(٣) ذكر هذه الرواية ابن البهاء في فتح العزيز (٤/ ٢٦٣) قال: «ونقل سندي: أله قيمة البناء أم قيمة النقص؟ قال: لا، قيمة البناء؛ قال: إنهم يقولون قيمة النقص. فأنكره ورده وقال: ليس هذا غصب»، وانظر: المبدع لابن مفلح (٥/ ٢٢١)، الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٧٨).

(٤) ذكر هذه الرواية المرادوي في الإنصاف (٦/ ٢٧٨) قال: «قال في رواية حنبل: لأنه عمر وهو يظن أنه ملكه، وهو ليس كما إذا زرع بغير إذن أهله».

(٥) قال القرافي في الذخيرة (٧/ ٣٧٥): «إذا قاسم وكيل الشفيع الغائب فبنى المشتري وغرس، فللشفيع قلع ذلك، وأخذه بالقيمة، وكذلك إذا قاسمه الشفيع لأجل أنه أظهر من الثمن أكثر مما في العقد»، وانظر: حاشية الخرشي (٧/ ١٠٠، ١٠١).

(٦) قال العمراني في البيان (٧/ ١٥٦،١٥٧): «قال الشافعي: ولو قاسم وبنى.. قيل للشفيع: إن شئت فخذ بالثمن وقيمة البناء اليوم؛ أو دع»... ثم قال: فقال أصحابنا: يتصور في ذلك أربع مسائل: **إحداهن**: أن يظهر له المشتري أنه اشترى الشقص بثمن كثير؛ فترك الشفيع الشفعة؛ وقاسم المشتري؛ فبنى أو غرس؛ ثم بان للشفيع أن الثمن دون ذلك؛ فإن شفعته لا تبطل»، وانظر: الحاوي للماوردي (٧/ ٢٦٥)، فتح العزيز للرافعي (١١/ ٤٦٣)، روضة الطالبين للنووي (٤/ ١٧٦، ١٧٧).

فارق الأرض المرهونة، وليس ذلك مانعاً من الشفعة؛ لأنه انتفاع بالملك فأشبه الإيجار، بل أولى للتمكن من الإزالة، وإنما هذا بعد القسمة والتمييز؛ ليكون التصرف في خالص ملكه، أما قبل القسمة فلا يملكه.

وللشفيع إذا أخذ قلع الغراس والبناء مجاناً للشركة لا للشفعة، فأن أحد الشريكين إذا انفرد بهذا التصرف كان للآخر القلع مجاناً(١).

قال جعفر بن محمد(٢): سمعت أبا عبد الله يُسأل عن رجل غرس نخلاً في أرض بينه وبين قوم مُشاعاً؟ قال: إن كان بغير إذنهم، قلع نخله(٣)».

ثم لبقاء الشفعة مع القسمة صور أوردها الأصحاب(٤).

منها: إظهار كون الشقص موهوباً، أو أنه بيع بأكثر من الثمن، أو نحو هذا مما يبعث الشفيع على الترك، فيترك ويقاسم.

ومنها: كون الشفيع غائباً فيترك وكيله الشفعة ويقاسم، إما لزعمه الحظ، والأمر بخلافه، وإما لتقصير منه، أو يطلب المشتري إلى الحاكم القسمة عليه ـ أعني: الغائب ـ فيقسم. وفي «التلخيص» عن بعض الأصحاب: أن الحاكم لا يقسم على الغائب، فتلغو هذه الصورة.

---

(١) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٧٩): «قلت: وهذا لا شك فيه».

(٢) جعفر بن محمد النسائي الشعراني، أبو محمد، رفيع القدر ثقة جليل ورع، أمار بالمعروف نهاء عن المنكر، كان أبو عبد الله يكرمه ويجله ويقدمه ويعرف له حقه، روى عن أبي عبد الله أجزاءً صالحة ومسائل كثيرة.
انظر: طبقات الحنابلة (١/ ١٢٤)، المقصد الأرشد (١/ ٢٩٩).

(٣) ذكر هذه الرواية المرداوي في الإنصاف. انظر: (٦/ ٢٧٨).

(٤) انظر: المستوعب للسامري (٢/ ٩٧، ٩٨)، شرح الزركشي (٤/ ١٩٩، ٢٠٠)، المبدع لابن مفلح (٥/ ٢٢٠)، الإقناع للحجاوي (٢/ ٦٢٢).

ومنها: كون الشفيع صغيراً، فيقاسم الولي[١]، ويبلغ الشفيع فيأخذ.

ومن الصور أيضاً [٢١٠/ب]: مقاسمة الشفيع للمشتري ظناً منه أنه وكيل للبائع لا مشترٍ، إما لإخباره عنه، أو لأمر آخر.

وإذا تقرر هذا، **فههنا مسألتان**:

إحداها: للمشتري قلع الغراس والبناء مع عدم الضرر بلا إشكال ولا خلاف علمته؛ لأنها ملكه، لاحق لأحد فيه، وسواء بعد الأخذ أو قبله، رضي الشفيع أو سخط[٢]، لما ذكرنا.

أما مع وجود الضرر [بنقص][٣] الأرض، ففي «الكتاب»[٤] تقييد الجواز بعدم الضرر، وكذا أورد الخرقي[٥]، وابن عقيل في «التذكرة»[٦] لتعلق حق الشفيع

بكمال المعقود عليه، فلم يملك المشتري إدخال النقص عليه[٧]، ولم يعتبر القاضي وأصحابه ذلك، وقالوا: الشفيع مخير بين أخذه كذلك

---

(١) الولاية بالكسر وبالفتح النصرة والمحبة، وهي: تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى وهي نوعان: ولاية خاصة وولاية عامة.
انظر: قواطع الأدلة في الأصول (٢/ ٤٠٣)، التقرير والتحبير (٢/ ٢٤٧)، الأشباه والنظائر (١/ ١٥٤).

(٢) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٧٧): «هذا أحد الوجهين، اختاره المصنف، والشارح، وجزم به الخرقي، وابن عقيل في التذكرة والأدمي البغدادي، وابن منجى في شرحه، أو صاحب الوجيز».

(٣) ورد في المخطوط: [نقص]، والأصوب ما أثبت، لصحة المعنى.

(٤) قال ابن قدامة في المقنع (٢/ ٢٦٩، ٢٧٠): «فإن اختار أخذه وأراد المشتري قلعه؛ فله ذلك إذا لم يكن فيه ضرر».

(٥) قال الخرقي (١/ ٧٥): «وإذا بنى المشتري أعطاه الشفيع قيمة بنائه، إلا أن يشاء المشتري أن يأخذ بناءه، فله ذلك، إذا لم يكن في أخذه ضرر».

(٦) قال ابن عقيل في التذكرة (١٩٨): «إلا أن يشاء المشتري قلعه فله ذلك إلا أن يضر بالشقص».

(٧) انظر: المبدع لابن مفلح (٥/ ٢٢٢)، الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٧٧)، فتح الملك العزيز لابن البهاء (٤/ ٢٦٣).

وبين الترك[١]، وهو مذهب الشافعي؛ لوقوع التصرف في ملكه؛ أو لأنه ناشئ عن التصرف فيه.

وهذا الخلاف، من الأصحاب من أورده مطلقاً وليس بالجيد، بل يتعين تنزيله إما على اختلاف حالين، وإما على ما قبل الأخذ فقط.

أما اختلاف الحالين: فحيث قيل بعدم اعتبار الضرر ففيما قبل الأخذ، وإنما أورده القاضي وابن عقيل في الفصول في هذه الحالة لا غير؛ لتعليلهما بقلع ملكه من ملك نفسه، وهذا لا يكون إلا قبل الأخذ، وأيضاً [فلا يقال][٢] للشفيع أنت بالخيار بين أن تأخذه ناقصاً بكل الثمن، أو تدع. وإنما ذلك قبل الأخذ أيضاً.

وحيث قيل باعتبار عدم الضرر، ففيما بعد الأخذ، وهو ظاهر ما أورد في «التذكرة»[٣] فإنه قال: وإذا بنى المشتري أو غرس أخذه الشفيع ودفع قيمة البناء والغراس إلا أن يشاء المشتري قلعه، فله ذلك، [إلا أن يضر بالشقص][٤]. انتهى، وسنذكر توجيهه.

وأما على ما قبل الأخذ فقط، فيمكن أن يقال بعدم اعتبار الضرر لوقوع التصرف في الملك [.......][٥]، ويمكن أن يقال: باعتبار عدم الضرر لتعلق حق الغير والإضرار به إذا أخذ.

---

(١) قال السامري في المستوعب (٢/ ٩٨): «وذكر القاضي: أن له قلع ذلك، ولا يلزمه إصلاح حفر الأرض ولا أرش نقصانها بالقلع، ويكون الشفيع بالخيار بين أخذه ناقصاً بكامل الثمن أو يترك»، وانظر: شرح الزركشي (٤/ ١٩٩).

(٢) ورد في المخطوط: (فالا مقال)، والأصوب ما أثبت.

(٣) قال ابن عقيل في التذكرة (١٥٨): «وإذا بنى المشتري أو غرس، أخذه الشفيع ودفع قيمة البناء والغرس، إلا أن يشاء المشتري قلعه، فله ذلك، إلا أن يضر بالشقص».

(٤) ورد في المخطوط: [يصرف الشقص]، والصواب ما أثبت من «التذكرة» لابن عقيل (١٥٨).

(٥) عبارة مكررة في المخطوط: [ويمكن أن يقال بعدم اعتبار الضرر لوقوع التصرف في الملك].

[فأما][1] بعد الأخذ، فيبعد جريان الخلاف فيه، وإن كان في «الكتاب»[2] قد أورده صريحاً فيه، بل يعتبر له عدم الضرر ولا بد؛ لوقوع التصرف في ملك الغير محضاً بما ينقص المالية.

فعلى هذا، يضمن ما نقص، ذكره في «المغني»[3]؛ لأنه أضر بملك الغير لمصلحة نفسه فلزمه الضمان كما لو كسر محبرة الغير؛ لإخراج ديناره، والكلام في تسوية الحفر كالكلام في ضمان [٢١١/أ] أرش النقص سواء[4].

- **المسألة الثانية:**

إذا لم يقلع المشتري ففي «الكتاب»[5]: «تخيير الشفيع بين أخذ الغراس والبناء بالقيمة وبين قلعه مع ضمان نقصه»، وهذا ما قال القاضي[6]، وجمهور أصحابه[7]، ولا أعرفه نقلاً عن أحمد، وإنما المنقول عنه روايتان:

إحداهما: ما ذكر من التخيير من غير أرش، قال إسحاق بن منصور: قلت لأحمد: قال إذا ابتاع الشفعة فبناها ثم جاء الشفيع بعد،

---

(١) ورد في المخطوط: [أما]، والأصوب ما أثبت، لصحة المعنى.

(٢) قال ابن قدامة في المقنع (٢/٢٦٩، ٢٧٠): «فإن اختار المشتري قلعه فله ذلك، إذا لم يكن فيه ضرر».

(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٧/٤٧٦).

(٤) انظر: المستوعب للسامري (٢/٩٨)، المغني لابن قدامة (٧/٤٧٦)، شرح الزركشي (٤/١٩٩)، الإقناع للحجاوي (٢/٦٢٣).

(٥) انظر: المقنع لابن قدامة (٢/٢٦٩).

(٦) قال القاضي أبو يعلى في رؤوس المسائل ـ مخطوط ـ اللوح (١٠٥/ب): «إذا بنى المشتري أو غرس فللشفيع الأخذ بالثمن والبناء والغرس بالقيمة إلا أن يمتنع المشتري من تسليم ما أحدثه فيقلعه ويغرم له الشفيع ما نقص بالقلع، وبه قال أكثرهم. وقال: أبو حنيفة يقلع بلا ضمان».

(٧) قال الزركشي في شرحه (٤/١٩٨، ١٩٩): «قال القاضي، والشيخان وغيرهم: أو يقلعه، ويضمن نقصه».

فالقيمة أو يقلع بناءه؟ قال أحمد: جيد؛ أما القيمة فلأخذه المقوم، وأما القلع مجاناً، فلشغل ما يستحق انتزاعه.

والأخرى: وهي المشهورة عنه، إيجاب القيمة من غير تخيير.

قال أبو طالب: قال: سألت أحمد عن الرجل يشتري داراً ويبني فيها، ثم [يقدم] الشفيع فيأخذها بالشفعة. قال سفيان[١]: يقلع بناءه؟، قال أحمد: له قيمته، لِمَ يقلعه؟ وفيه إنكار للقلع على الإطلاق[٢].

وقال حرب: قلت لأحمد: اشترى قطعة أرض، وبنى فيها وعمَّر، ثم أُخذت منه بالشفعة؟ قال: يرد على هذا الذي بنى قيمة البناء.

وقال أيضاً: سُئل أحمد: رجل اشترى داراً فبنى فيها، ثم استحقت بالشفعة، قال: يُعطي قيمة البناء.

وقال جعفر بن محمد: سمعت أبا عبد الله يُسأل عن الرجل يشتري داراً ثم أتى الذي له الشفعة وقد بنى فيها؟. قال: له قيمة البناء.

وقال سندي: قيل لأحمد: اشترى داراً فبنى فيها، أله قيمة البناء؟. قال: قيمة البناء.

وقال حنبل[٣]: حدثنا القعنبي، قال: قال مالك في الرجل يشتري

---

(١) هو: سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري، أبو عبد الله الكوفي، الإمام الفقيه، أمير المؤمنين في الحديث، ولد سنة (٩٧هـ)، كان صاحب مذهب، قال النسائي: هو أجل من أن يقال عنه: ثقة، مات سنة (١٦١هـ).
انظر: تذكرة الحفاظ (١/ ٢٠٣ ـ ٢٠٧)، السير (٧/ ٢٢٩ ـ ٢٧٩)، تهذيب التهذيب (٤/ ٩٩ ـ ١٠٢).

(٢) المطلق: هو ما تناوله واحداً من غير معين باعتبار حقيقة شاملة لجنسه. وإذا اجتمع لفظ مطلق ومقيد فإما أن يتحد حكمهما أو يختلف، فإذا اتحد حكمهما حمل المطلق على المقيد.
انظر: إرشاد الفحول (١/ ٢٧٨، ٢٧٩)، المدخل (١/ ٢٦٠ ـ ٢٦٢).

(٣) هو: حنبل بن إسحاق بن حنبل أبو علي الشيباني، ابن عم الإمام أحمد ولد قبل المائتين. قال الخطيب: كان ثقة ثبتاً، وقال الذهبي: له مسائل عن أحمد، ويتفرد، =

الأرض فيعمرها بأصلٍ [يقيمه][١] فيها أو البئر يحفرها ثم يأتي رجل فيدرك فيها حقاً، فيريد أن يأخذ بالشفعة، قال: لا شفعة له فيها، إلا أن يعطيه قيمة ما عمَّر فيها، فإن أعطاه كان أحق بالشفعة.

قال حنبل: قال عمي[٢]: وأنا أرى أنه أحق به، إذا استحق الشفعة رد على هذا قيمة ما عمر في هذه الأرض؛ لأنه عمر وهو يظن به أنه مالك لها.

وروى أحمد بن القاسم، عن أحمد في الرجل يشتري الدار ويبني فيها، ثم جاء الشفيع؟، قال: له قيمة بنائه.

هذا ما أورد الخلال[٣] في «الجامع»، وليس في شيء منه تخيير بل إيجاب القيمة عيناً، وهو ما ذكر الخرقي[٤]، وابن أبي موسى وابن عقيل في «التذكرة»[٥]، وأبو الفرج الشيرازي[٦]، ونصب الخلاف بينه وبين شيخه القاضي فيما تقدم عنه.

= ويُقرب. مات بواسط سنة (٢٧٣هـ).
انظر: طبقات الحنابلة (١/ ١٤٣ ـ ١٤٥)، تذكرة الحفاظ (٢/ ٦٠٠، ٦٠١)، السير (١٣/ ٥١ ـ ٥٣).

(١) في المخطوط: (بقيعة)، والمثبت في الأصل هو المتفق مع السياق.

(٢) المقصود: الإمام أحمد بن حنبل رحمه الله.

(٣) هو: الإمام العلامة، شيخ الحنابلة، أحمد بن محمد بن هارون البغدادي المعروف بالخلال، ولد سنة (٢٣٤هـ)، أو في التي تليها. رحل إلى فارس والشام والجزيرة، يطلب فقه الإمام أحمد وفتاويه، وكتب عن الكبار والصغار، من مؤلفاته: «الجامع»، و«العلل»، و«السُّنَّة». توفي سنة (٣١٠هـ).
انظر: طبقات الحنابلة (٢/ ١٢ ـ ١٥)، تذكرة الحفاظ (٣/ ٧٨٥، ٧٨٦)، السير (١٤/ ٢٩٧).

(٤) قال الخرقي في مختصره (١/ ٧٥): «وإذا بنى المشتري أعطاه الشفيع قيمة بنائه؛ إلا أن يشاء المشتري أن يأخذ بناءه، فله ذلك إذا لم يكن في أخذه ضرر».

(٥) انظر: التذكرة لابن عقيل (١٩٨).

(٦) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٧٧): «والأخرى وهي المشهورة عنه: إيجاب القيمة من غير تخيير، وهو ما ذكره الخرقي، وابن أبي موسى، وابن عقيل في التذكرة وأبو الفرج الشيرازي، وهو المذهب».

زاد ابن أبي موسى[١] ولا يؤمر المشتري [٢١١/ب] بقلع بنائه، وبذلك قال القاسم بن محمد[٢]، والشعبي[٣]، وابن أبي ليلى[٤] والأوزاعي[٥]، ومالك[٦]، والشافعي[٧]، وأبو يوسف[٨]، ونقله: ابن المنذر[٩] أيضاً عن عثمان البتي، وسوار العنبري، والليث وإسحاق.

---

(١) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٧٧): «زاد ابن أبي موسى: ولا يؤمر المشتري بقلع بنائه».

(٢) قال الرافعي في فتح العزيز (٥/ ٣٨٩): «وعن صاحب التقريب وجه أن له أن يقلع ويغرم أرش النقصان».
والقاسم بن محمد هو ابن علي الشاشي ابن القفال الشاشي الكبير، وكتابه التقريب من أجل كتب المذهب، نقل فيه نصوصاً عن الشافعي باللفظ لا بالمعنى، ونقوله أوثق ما تكون، تخرج بكتابه فقهاء خراسان، وزادت طريقة أهل العراق به حسنا.
انظر: طبقات الشافعية الكبرى (٣/ ٤٧٢ ـ ٤٧٧)، كشف الظنون (١/ ٤٦٦).

(٣) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٧٦): «وبهذا قال الشعبي والأوزاعي وابن أبي ليلى ومالك والليث، والشافعي، وسوار، وإسحاق»، وانظر: الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٦٥).

(٤) انظر: المرجع السابق.

(٥) انظرا لمرجع السابق.

(٦) قال القرافي في الذخيرة (٧/ ٣٧٧): «وقلنا نحن و(ش) وأحمد: لا يجبره على القلع والهدم»، وانظر: مختصر اختلاف العلماء (٤/ ٢٤٧).

(٧) قال النووي في روضة الطالبين (٤/ ١٧٧): «و إذا بنى أو غرس المشتري نصيبه، بعد القسمة والتمييز، ثم علم الشفيع، لم يكن له قلعه مجاناً، كذا نص عليه الشافعي، والأصحاب ﭫ»، وانظر: الإشراف لابن المنذر (١/ ١٥٦).

(٨) قال ابن نجيم في البحر الرائق (٨/ ١٥٥): «وعن أبي يوسف: أنه لا يكلف بالقلع، ولكنه بالخيار، إن شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس، وإن شاء ترك»؛ وانظر: تبيين الحقائق للزيلعي (٦/ ٣٧٢)، شرح وقاية الرواية لابن مسعود (١/ ٢).

(٩) قال ابن المنذر في الإشراف (١/ ٥٦): «قال طائفة: الشفيع بالخيار إن شاء أخذ ذلك بقيمة البناء، وإن شاء ترك، كذلك قال الشعبي وابن أبي ليلى، ومالك، والأوزاعي، والبتي، وسوَّار، والليث بن سعد، والشافعي، وأحمد، وإسحاق».

وقال حماد[(١)] وأبو حنيفة[(٢)]، والثوري[(٣)]، وداود[(٤)]، والمزني[(٥)]، يقلع مجاناً؛ لإيقاعه فيما استحق الغير أخذه، أو في حق الغير بغير إذنه، أشبه الغاصب، ثم استثنى أبو حنيفة[(٦)] فقال: إن كان في القلع نقصان فللشفيع الأخذ بالقيمة مقلوعاً.

وعن بعض الشافعية[(٧)]: تخيير الشفيع بين ما تقدم من الأمرين، وبين الإبقاء بالأجرة، بناء على وجه عندهم في المعير يرجع وقد بنى المستعير أو غرس.

---

(١) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٧٦): «وقال حماد بن أبي سليمان والنووي، وأصحاب الرأي: يكلف المشتري القلع، ولا شيء عليه»، وانظر: الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٦٥).

(٢) قال السرخسي في المبسوط (١٣/ ١٣٣): «وإذا زرع المشتري الأرض ثم جاء الشفيع فله أن يأخذ بالشفعة ويقلع الزرع في القياس؛ لأنه زرع في أرض غيره فهو أحق منه؛ فهو كالغاصب زرع الأرض المغصوبة».
وانظر: مختصر اختلاف العلماء للطحاوي (٤/ ٢٤٧)، تبيين الحقائق للزيلعي (٦/ ٣٧٢، ٣٧٣).

(٣) قال العمراني في البيان (٧/ ١٥٨): «قال الثوري، وأبو حنيفة، والمزني: يجبر المشتري على قلعه من غير ضمان عوض».

(٤) قال ابن حزم في المحلى (٩/ ٩٣): «وقال حماد بن أبي سليمان: يقطع بنائه وبه يأخذ سفيان الثوري وأبو حنيفة وأبو سليمان وأصحابهم».

(٥) انظر: البيان للعمراني (٧/ ١٥٨).

(٦) قال الكاساني في بدائع الصنائع (٤/ ١٣٥): «ويجبر المشتري على قلع البناء والغرس إلا إذا كان في القلع نقصان الأرض، فللشفيع الخيار إن شاء أخذ الأرض بالثمن، والبناء والغرس بقيمته مقلوعاً، وإن شاء أجبر المشتري على القلع، وهذا جواب ظاهر الرواية»، وانظر: البحر الرائق لابن نجيم (٨/ ١٥٤)، تبيين الحقائق للزيلعي (٦/ ٣٧٣).

(٧) قال النووي في روضة الطالبين (٤/ ١٧٨): «فإن حدث في الأرض نقص، فيأخذه الشفيع على صفته أو يترك، وإن لم يختر المشتري القلع، فللشفيع الخيار بين إبقاء ملكه في الأرض بأجرة وبين تملكه بقيمته يوم الأخذ، وبين أن ينقضه ويغرم أرش النقص على الصفة المذكورة في المعير، إذا رجع وقد بنى المستعير أو غرس بلا فرق. وإن كان قد زرع، بقي زرعه إلى أن يدرك فيحصد، وقياس الباب: أن يجيء الخلاف المذكور هناك في زرع الأرض المستعارة»، وانظر: فتح العزيز للرافعي (١١/ ٤٦٥).

ومن الناس من قال: إن اختلفا باعا الشقص بما فيه، واقتسما الثمن على ملكيهما. حكاه ابن المنذر[١] عنه، ولم يسمه.

وتوجيه المذهب: إبقاء التعدي بالوضع لواسطة الملك، فلا يكون مستحق الإزالة، فيثبت العوض بأخذه، ولأنه بنى فيما له بيعه، فلا يقلع كما في غير المشفوع.

ووجه قول المصنف[٢]، والقاضي، وبه قال العراقيون[٣] من الشافعية قول النبي ﷺ: **«لا ضرر ولا ضرار»**[٤].

والضرر لا ينتفي بدون دفع القيمة، أو ضمان النقص بالقلع، فعلى هذا، إن شاء القلع فعليه ما بين قيمته ثابتاً ومقلوعاً.

مثاله: يساوي ثابتاً: مائة. ومقلوعاً: عشرة. فعليه: تسعون، ذكره القاضي، وابن عقيل.

فصل

يعتبر بدل البناء أو الغراس بما يساويه حين التقويم، لا بما أنفق المشتري، زاد على القيمة أو نقص[٥].

---

(١) قال ابن المنذر في الإشراف (١/ ٦٥): «و فيه قول ثانٍ: وهو أنهما إذا اختلفا ولم يتفقا أن يبيعاه جميعاً، فإن قصر الثمن عن قيمة العرصة والبناء، دخل النقصان عليهما بالحصص، وكذلك تكون الزيادة لهما على قدر رؤوس أموالهما».

(٢) يقصد قول المصنف ابن قدامة في كتابه المقنع: «فله ذلك إذا لم يكن فيه ضرر».

(٣) العراقيون: هم علماء المذهب الشافعي من بغداد أو من البلاد التي حولها وقد ترجم لهم الإمام الخطيب في كتابه «تاريخ بغداد»، وذيل عليه أبو سعد تاج الدين ابن السمعاني، وذيل على السمعاني الحافظ أبو عبد الله بن الدبيثي.
انظر: طبقات الشافعية الكبرى (١/ ٣٢٤).

(٤) سبق تخريجه.

(٥) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٦٦، ٤٦٧)، شرح الزركشي (٤/ ٢٠)، المبدع لابن مفلح (٥/ ٢٢١)، فتح الملك العزيز لابن البهاء (٤/ ٢٦٣)، الإقناع للحجاوي =

ذكره أصحابنا، وقال به الشافعي[١] وغيره؛ لأن ذلك زمن الأخذ والتملك، ثم في المغني[٢]: لا يمكن إيجاب قيمته باقياً؛ لأن البقاء غير مستحق، ولا قيمته مقلوعاً؛ لأنه لو كان كذلك لملك القلع مجاناً، ولأنه قد يكون لا قيمة له إذا قلع.

قال: ولم يذكر أصحابنا كيفية وجوب القيمة، فالظاهر: أن الأرض تقوم مغروسة، ومبنية، ثم تقوم خالية، فيكون ما بينها قيمة الغرس والبناء، يدفعه الشفيع إلى المشتري لأنه الذي زاد بالغرس والبناء.

قال: ويحتمل أن يقوم الغرس والبناء مستحقاً للترك بالأجرة أو لأخذه بالقيمة إذا امتنعا من قلعه. انتهى.

فصل

حفر فيها بئراً أو شق نهراً [٢١٢/أ] فعلى الشفيع أُجرة المثل لذلك[٣]، ذكره السامري[٤]، وصاحب التلخيص؛ لأن القدر الحادث هو العمل، وعوضه ما ذكرنا.

وذكر ابن أبي موسى وجهاً: القيمة كما في البناء، وهو المنصوص من رواية حنبل؛ لأن البئر قدر زائد على العمل، فوجب عوض الحادث كالبناء.

= (٢/ ٦٢٢، ٦٢٣)، الروض المربع للبهوتي (٣٣٩).

(١) قال أبو الطيب في التعليقة الكبرى ـ مخطوط ـ اللوح (٢٧٢/أ): «قال الشافعي: كان الشفيع مخيراً بين أمرين بين أن يأخذه بالثمن وقيمة البناء يوم يأخذ أو يدع»، وانظر: فتح العزيز للرافعي (١١/ ٤٦٥).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٧٧).

(٣) انظر: المبدع لابن مفلح (٥/ ٢٢٢)، فتح الملك العزيز لابن البهاء (٤/ ٢٦٣)، الإقناع للحجاوي (٢/ ٦٢٣).

(٤) قال السامري في المستوعب (٢/ ٩٨): «وكذلك إن حفر فيها بئراً أخذها وعليه أجرة المثل لحفرها».

فصل

بنى أو غرس مع الشفيع، أو وكيله في المشاع، ثم أخذ الشفيع.

قال المصنف[١]: الحكم في أخذ نصيبه من ذلك؛ كالحكم في أخذ جميعه بعد القسمة.

فرع

اختار المشتري قلع غراسه وله زمن يقلع فيه:

يحتمل أن يكون كالزرع على ما مر لقرب الأمد، ويحتمل أنه إن لم يتلف أن يقلع الشفيع إن شاء ضامناً للنقص، لانجبار ضرر المشتري بالضمان، وهو ما قال المصنف[٢]. وهذا على أصله في القلع.

فصل

وعلى المذهب: متى امتنع الشفيع من بذل قيمة الغراس والبناء بطلت شفعته[٣]، وبه قال مالك[٤]، ....

(١) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٧٧): «وإن غرس أو بنى مع الشفيع أو وكيله في المشاع، ثم أخذ الشفيع، فالحكم في أخذ نصيبه من ذلك كالحكم في أخذ جميعه بعد المقاسمة».

(٢) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٧٧): «فإن كان للغرس وقت يقلع فيه فيكون له قيمة، وإن قلع قبله لم يكن له قيمة، أو تكون قيمته قليلة، فاختار الشفيع قلعه قبل وقته، فله ذلك؛ لأنه يضمن النقص فيجبر به ضرر المشتري سواء كثر النقص أو قل، ويعود ضرر كثرة النقص على الشفيع، وقد رضي باحتماله».

(٣) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٧٦): «وله القلع. وضمان النقص، على الصحيح من المذهب. وعليه أكثر الأصحاب. وقطع به كثير منهم، وقدمه في الفروع وغيره. قال في الانتصار: أو أقره بأجرة. فإن أبى فلا شفعة»، وانظر: المستوعب للسامري (٢/ ٩٨)، المبدع لابن مفلح (٥/ ٢٢١).

(٤) قال اللخمي في تذكرته (١/ ٣٠): «قال وإن غرسها نخلاً أو شجراً قيل للشفيع: إن شئت أخذت ما غرم قيمة ما فيها من الغرس، فإن أبى لم يكن له شفعة»، وانظر: =

والشافعي[١].

وعلى اختيار المصنف[٢] والقاضي[٣]: متى امتنع مع ذلك من ضمان النقص الحاصل بالقلع بطلت، صرَّح به القاضي، وابن عقيل في آخرين؛ لوجوب ذلك مع عوض الشقص، فأشبه عوض الجزء منه.

فصل

اختلفا في الغراس والبناء، فقال المشتري أحدثته، وأنكر الشفيع[٤]. ففي «المغني»[٥]: القول قول المشتري، وهو قول أبي حنيفة[٦]؛ لأنه المنكر في الحقيقة للشراء، وهو لو أنكر الشراء في أصل العقار لكان القول قوله، فكذلك في البناء، إذ الأصل عدمه، ولو أقاما بينة، قدم بينة الشفيع؛ لأنه الخارج وبه قال أبو حنيفة.

= الذخيرة للقرافي (٧/ ٣٦٢)، المدونة (٤/ ٤٣٦).

(١) قال العمراني في البيان (٧/ ١٥٧): «فإن اختار المشتري قلع البناء والغراس... كان له ذلك؛ لأنه ملكه، ولا يلزمه تسوية الأرض؛ لأنه غير متعدٍ بذلك، فإن اختار الشفيع أخذ الشقص ناقصاً بجميع الثمن فلا كلام، وإلا فلا شفعة له»، وانظر: فتح العزيز للرافعي (١١/ ٤٦٥)، روضة الطالبين للنووي (٤/ ١٧٧، ١٧٨).

(٢) وهو ظاهر قوله في المتن: أو يقلعه ويضمن النقص.

(٣) قال القاضي أبو يعلى في الجامع الصغير (٢٨٨): «ويضمن النقص الذي يدخل بالقلع، فإن امتنع بطلت شفعته».

(٤) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٩٠)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٩٠)، فتح الملك العزيز لابن البهاء (٤/ ٢٦٧)، الإقناع للحجاوي (٢/ ٦٢٥).

(٥) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٩٠).

(٦) قال السرخسي في المبسوط (١٣/ ١٧٦، ١٧٧): «قال رَحِمَهُ اللهُ وإذا اشترى الرجل داراً بألف درهم ثم اختلف الشفيع والمشتري، فقال المشتري: أحدثت فيها هذا البناء، وكذبه الشفيع فالقول قول المشتري، لإنكاره الشراء في البناء، ولو أنكر الشراء في أصل الدار كان القول قوله فكذلك البناء، وإن أقاما بينة فالبينة بينة الشفيع؛ لأنه ثبت حقه في البناء بسبب ثبوت حقه فيها وهو الشراء، ولأن الشفيع يثبت إقرار المشتري بأنه اشترى البناء، وذلك إكذاب منه لشهوده وعلى هذا اختلافهما في شجر الأرض».

قال: «وإن باع الشفيع ملكه قبل العلم، لم تسقط شفعته في أحد الوجهين، وللمشتري الشفعة فيما باعه الشفيع في أصح الوجهين»(١).

فيه مسائل:

أحدها: بيع الشفيع حصته أو هبته إياها مع العلم بالشفعة مبطل لحقه(٢)، وقد أفاده تقييد الكتاب(٣) بما قبل العلم، وبه يقول الشافعي(٤) وغيره، سواء قيل بالفورية أو التراخي.

أما على الفورية، فلإعراضه عن الطلب، وأما على التراخي؛ فلإناطة الشفعة بالشركة فانتفت بانتفائها؛ ولأن الحق أثبت دفعاً للتضرر بالشركة وقد زالت، فيزول موجبها.

وإن باع البعض فوجهان، حكاهما في «المغني»(٥)، وقولان للشافعي(٦):

---

(١) انظر: المقنع لابن قدامة (٢/ ٢٧٠)، والمخطوط (٥٨/ب).

(٢) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/٤٦٨)، المبدع لابن مفلح (٥/ ٢٢٢)، الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٨٠)، فتح الملك العزيز لابن البهاء (٤/ ٢٦٤)، الإقناع للحجاوي (٢/ ٦٢٣).

(٣) المقصود قول المصنف في المقنع: «وإن باع الشفيع ملكه قبل العلم».

(٤) قال الماوردي في الحاوي الكبير (٧/ ٢٤٤): «فإن باع حصته بعد العلم بها فلا شفعة له؛ لأن المعنى الموجب لها من سوء المشاركة والخوف من مؤونة القسمة، وهذا ارتفع بالبيع وزوال الملك»، وانظر: روضة الطالبين للنووي (٤/ ١٩١).

(٥) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٦٠): «وإن باع بعضه، ففيه وجهان، أحدهما، تسقط أيضاً؛ لأنها استحقت بجميعه، فإذا باع بعضه سقط ما تعلق بذلك من استحقاق الشفعة، فيسقط باقيها؛ لأنها لا تتبعض، فيسقط جميعها بسقوط بعضها؛ كالنكاح والرق، وكما لو عفا عن بعضها. والثاني: لا تسقط؛ لأنه قد بقي من نصيبه ما يستحق به الشفعة في جميع المبيع لو انفرد فكذلك إذا بقي».

(٦) قال الرافعي في فتح العزيز (١١/ ٤٩٧): «ولو باع بعض نصيبه، حكى الشيخ أبو علي وغيره فيه قولين: **أحدهما**: أن شفعته لا تبطل؛ لأنه لو لم يملك إلا ذلك القدر ابتداء له الشفعة. **والثاني**: تبطل؛ لأنه إنما يستحق الشفعة بجميع نصيبه فإذا باع بعضه بطل بقدره، وإذا بطل البعض، بطل الكل»، وانظر: روضة الطالبين للنووي (٤/ ١٩١).

أحدهما: البطلان أيضاً؛ لأن الاستحقاق [٢١٢/ب] استند إلى ملك الشقص كله، فإذا باع بعضه أسقط ما قابله من الشفعة فعاد بالإبطال على الكل، كما في العفو عن البعض، وإنما كان كذلك لانتفاء قابلية الشفعة للتبعيض كما مر، وهذا أظهر عند الشافعية.

والثاني: بقاء الشفعة لبقاء موجب الاستحقاق ابتداء، وهو أقل ما ينطلق عليه اسم الشركة فوجب كذلك دواماً، وهو أصح[١] إن شاء الله؛ لقيام المقتضى وهو الشركة، فيدخل في عموم النص، والعفو عن البعض إنما امتنع معه لضرورة التشقيص على المشتري، وهو منتف ههنا.

الثانية: باع حصته ولا يشعر بالشفعة: ففيه وجهان لنا[٢] وللشافعية[٣]، أظهرهما كما هو في إيراد المتن وغيره: أنه على الشفعة، وهو اختيار أبي الخطاب[٤] لوجود المقتضى حين البيع، وهو الشركة، وعدم ما يدل على الإسقاط والرضى بالترك، فوجب بقاء الشفعة؛ لأنه الأصل، وهذا بخلاف حالة العلم فإن البيع فيها دليل الرضى بالترك.

والثاني: بطلان الشفعة، وهو ما قال القاضي[٥]،

---

(١) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٩٩)، المبدع لابن مفلح (٥/ ٢٢٢)، الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٨٠)، فتح الملك العزيز لابن البهاء (٤/ ٢٦٤).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٦٠، ٤٦١)، الشرح الكبير (١٥/ ٤٧٠، ٤٧١)، المبدع لابن مفلح (٥/ ٢٢٢)، فتح الملك العزيز لابن البهاء (٤/ ٢٦٣، ٢٦٤).

(٣) قال الماوردي في الحاوي (٧/ ٢٤٤): «فأما إن كان بيعه لحصة قبل العلم بشفعة ففي بطلان الشفعة وجهان: **أحدهما**: وهو قول أبي العباس أن شفعته قد بطلت؛ لأنه باع الملك المقصود بالشفعة والوجه. **الثاني**: حكاه أبو حامد: أنه على شفعته لأنه قد ملكها، وليس في بيعه قبل العلم عفو عنها». انظر: البيان للعمراني (٧/ ١٤١)، روضة الطالبين (٤/ ١٩١).

(٤) قال أبو الخطاب في الهداية (٣٢٣): «فإن باع حصته قبل أن يعلم بالشفعة ثم علم، لم تسقط شفعته، ويحتمل أن تسقط».

(٥) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٧٩): «والثاني: تسقط اختاره القاضي في المجرد»، وانظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٦٠)، المستوعب للسامري (٢/ ٩٥)، المبدع =

والأشبه[1] عند الشافعية؛ لانقطاع السبب وزوال العلة الموجبة وهي ضرر المشاركة، فهو كمن ابتاع معيباً لا يعلم عيبه حتى زال أو باعه، فإن قيل المقاسمة مع الجهل بالشفعة لا تبطل كما مر بخلاف ما ههنا، مع انقطاع السبب في كل منهما عند الآخر.

وأجاب في التخليص عن هذا بأن الجوار نوع اتصال هو باق في المقاسمة مع وجود الشركة ابتداء فصلح الجوار للاستصحاب[2]، وأن يصلح للابتداء وفيه بحث.

ولو باع بعض الحصة جاهلاً[3] فإن قيل [بالشفعة فيما لو باع الكل في هذه الحالة فلا كلام وإن][4] قيل: بسقوطها فيه فههنا وجهان أوردهما القاضي وابن عقيل[5] [ووجههما][6] ما تقدم في المسألة

= لابن مفلح (٥/ ٢٢٢)، فتح الملك العزيز لابن البهاء (٤/ ٤٦٤).

(١) قال الرافعي في فتح العزيز (١١/ ٤٩٧، ٤٩٨): «إذا باع نصيبه جاهلاً بالشفعة قال أكثرهم فيه وجهان، وقال صاحب الكتاب قولان: أحدهما: أنه على شفعته؛ لأنه كان شريكاً يوم البيع ولم يرض بسقوط حق الشفعة، وأشبهها أنها تبطل؛ لزوال سبب الشفعة».

(٢) الاستصحاب: عبارة عن التمسك بدليل عقلي أو شرعي وليس راجعاً إلى عدم الدليل بل إلى دليل ظني مع انتفاء العلم به.
والاستصحاب دليل ذكره المحققون إجماعاً: وهو نوعان: استصحاب حال العقل، واستصحاب الإجماع. استصحاب الإجماع اختلف عليه العلماء فمنهم من قال: أنه دليل يعول عليه، ومنهم من قال: أنه ليس بشيء.
واستصحاب حال العقل: فهو دليل صحيح. واتفق العلماء على أنه دليل شرعي إلا جماعة يسيرة وهمت أنه تعلق بعدم الدليل.
انظر: المحصول لابن العربي (١/ ١٣٠)، روضة الناظر (١/ ١٥٧)، المختصر في أصول الفقه (١/ ١٦٠).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٦٠)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٧٠، ٤٧١)، المستوعب للسامري (٢/ ٩٥)، الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٨١).

(٤) عبارة كتبت بخط مائل إلى نهاية جانب الصفحة.

(٥) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٨١): «وإن قيل بسقوطها فيه؛ فهنا وجهان؛ أوردهما القاضي؛ وابن عقيل».

(٦) ورد في المخطوط: [ووجهما]، والأصوب ما أثبت؛ لصحة المعنى.

قبلها، والأصح: جريان الشفعة بالأولى، والله أعلم.

• **المسألة الثالثة: حيث يقال بسقوط حق الشفيع فيما تقدم،** فلا تردد في ثبوت الشفعة للمشتري الأول على المشتري الثاني في مبيع الشفيع لسبق شركته على المبيع واستقرار ملكه[(١)].

مثاله: باع أحد الشريكين نصيبه، وعلم الشفيع فباع نصيبه فشفعته ساقطة، ولمشتري النصيب الأول أخذ النصيب الثاني؛ لأنه في معنى شريك أصلي.

وحيث يقال بثبوت شفعة الشفيع فيما تقدم، وهو مسألة «الكتاب»[(٢)]، فهل يأخذ المشتري الأول مبيع الشفيع من الثاني؟ [٢١٣/أ] ذكر المصنف وجهين[(٣)].

قال في المتن: أصحهما الأخذ لسبق ملكه على هذا البيع مع جواز تصرفه في الشقص، وملك فوائده وغلته، واستحقاق به بعض فوائده، وكونه مستحق الأخذ للشفيع، لا يمنع استحقاق الشفعة كما في الصداق قبل الدخول، والشقص الموهوب للولد، وإذاً لا فرق بين كون الشقص

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٦٠)، الشرح الكبير لابن قدامة (٧/ ٤٦٩، ٤٧٠)، المبدع لابن مفلح (٥/ ٢٢٠)، فتح الملك العزيز لابن البهاء (٤/ ٢٦٤)، الإقناع للحجاوي (٢/ ٦٢٣).

(٢) هي قول المصنف في المتن: «وإن باع الشفيع ملكه قبل العلم لم تسقط شفعته في أحد الوجهين».

(٣) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٦٠): «وهل للمشتري الأول شفعة على المشتري الثاني؟ فيه وجهان: **أحدهما**: له الشفعة؛ لأنه شريك فإن الملك ثابت له يملك التصرف فيه بجميع التصرفات، ويستحق نماءه وفوائده، واستحقاق الشفعة به من فوائده، **والثاني**: لا شفعة له؛ لأن ملكه يوجد بها، فلا تؤخذ الشفعة به، ولأن ملكه ضعيف متزلزل فلا يستحق الشفعة به لضعفه، والأول أقيس، فإن استحقاق أخذه منه لا يمنع أن يستحق به الشفعة كالصداق قبل الدخول، والشقص الموهوب للولد»، وانظر: الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٦٩، ٤٧٠)، الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٧٩).

أخذ منه أو لا، حكاه في المغني(١).

والثاني: لا يأخذ؛ لأن ما ملكه مستحق الانتزاع، فكيف يستحق به الانتزاع، فإن عفا الشفيع، استقر الملك، وكان له ـ أعني: المشتري الأول ـ الأخذ من المشتري الثاني بلا تردد، كما لو لم يكن الشريك الأصلي مستحق الاستشفاع بالأصالة، والله أعلم.

قال: «وإن مات الشفيع بطلت الشفعة، إلا أن يموت بعد طلبها فيكون لوارثه»(٢).

الشفيع إذا مات ولم يأخذ، فإما قبل أو بعد.

إحدى الحالتين قبل المطالبة(٣): ونص أحمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ فيها متكثر بانقطاع الشفعة.

روينا عن الأثرم(٤) في كتابه قال: سمعت أبا عبد الله يقول: الموت يبطل به ثلاثة أشياء: الشفعة إذا مات الشفيع بطلت، والحد(٥) إذا

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٦٠).

(٢) انظر: المقنع لابن قدامة المطبوع (٢/ ٢٧٠)، المخطوط (٥٨/ب، ٥٩/أ).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٥١٠)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٧٢)، المستوعب للسامري (٢/ ٩٣)، فتح الملك العزيز لابن البهاء (٧/ ٤٦٢)، الإقناع للحجاوي (٢/ ٦٢٣).

(٤) ذكر هذه الرواية ابن قدامة في الشرح الكبير، انظر: (١٥/ ٢٧٢).
والأثرم هو: أبو بكر، أحمد بن هانئ الطائي، ويقال الكلبي ـ الأثرم الإسكافي ـ نقل عن الإمام أحمد مسائل كثيرة، وصنفها ورتبها أبواباً. وكان يعرف الحديث ويحفظه، ويعلم العلوم والأبواب والمسند، فلما صحب أحمد بن حنبل ترك ذلك، فأقبل على مذهب أبي عبد الله، مات بعد (٢٦٠هـ).
انظر: طبقات الحنابلة (١/ ٦٦ ـ ٧٤)، تذكرة الحفاظ (٢/ ٥٧٠ ـ ٥٧٢)، السير (١٢/ ٦٢٣ ـ ٦٢٨)، تهذيب التهذيب (١/ ٦٧، ٦٨).

(٥) **الحد لغة**: المنع، ومنه سمي البواب حداداً لمنعه الداخل والخارج إلا بالإذن.
وشرعاً: عقوبة مقدرة شرعاً في معصية لتمنع من الوقوع في مثلها. والحد ينقسم إلى ثلاثة أقسام: حقيقي ورسمي ولفظي.
انظر: روضة الناظر لابن قدامة (١/ ١٠)، شرح الزركشي (٣/ ٩٩)، معونة أولي النهى =

مات المقذوف(١)، والخيار إذا مات صاحب الخيار الذي اشترط الخيار، هذه الثلاثة أشياء إنما هي بالطلب، فإذا لم يطلب فليس يجب إلا أن يشهد أني على حقي من كذا وكذا، وأني قد طلبته، فإن [مات بعده، كان لوارثه الطلب](٢).

وفي مسائل أبي داود(٣): قلت لأحمد إذا طلب الرجل الشفعة ثم مات؟ قال لورثته أن يطلبوه، فإن سكت، فليس لهم أن يطلبوه لأنه لا يُدرى على أي شيء سكت(٤).

وقال مهنا(٥): سألت أحمد عن الشفعة تكون للرجل فيموت، فيجيء ولده فيطلبون؟ قال: ليس لهم ذلك؛ الشفعة لا تورث ولا الحد(٦).

= (١٠/ ٢١٧)، منار السبيل لابن ضويان (٢/ ٣٢١).

(١) القذف: من قذف بالشي يقذف قذفاً فانقذف: رمى، والتقاذف: الترامي، ومعناه: الرمي البعيد واستعير القذف للشتم والعيب وقذف الرجل رماه وقذف المحصنة رماها. وشرع حد القذف لصيانة العرض.
انظر: لسان العرب (٩/ ٢٧٦)، مختار الصحاح (١/ ٢٢٠)، أنيس الفقهاء (١/ ١٧٧).

(٢) ورد في المخطوط: [فإن طلب بعده كان]، والمثبت من الشرح الكبير لابن قدامة، وانظر: (١٥/ ٤٧٢).

(٣) أبو داود هو: سيد الحفاظ، سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأزدي، أبو داود السجستاني صاحب السنن، ولد سنة (٢٠٢هـ) ورحل، وجمع، وصنف، وبرع في السنن، قال الذهبي: كان أبو داود مع إمامته في الحديث والفنون من كبار الفقهاء، فكتابه يدل على ذلك، وهو من نجباء أصحاب الإمام أحمد، لازم مجلسه مدة، وسأله عن دِقاق المسائل في الفروع والأصول، وقد دون تلك الأسئلة في كتاب باسم «مسائل الإمام أحمد برواية أبي داود» مطبوع. توفي سنة (٢٧٥هـ).
انظر: طبقات الحنابلة (١/ ١٥٩ ـ ١٦٢)، تذكرة الحفاظ (٢/ ٥٩١ ـ ٥٩٣)، السير (١٣/ ٢٠٣ ـ ٢٢١)، تهذيب التهذيب (٤/ ١٤٩ ـ ١٥٢).

(٤) انظر لهذه الرواية في: مسائل الإمام أحمد برواية أبي داود برقم (١٣٢٦) ص(٢٧٦).

(٥) هو مهنا بن يحيى الشامي السلمي، أبو عبد الله، من كبار أصحاب الإمام، كان الإمام أحمد يكرمه ويعرف له حق الصحبة.
انظر: طبقات الحنابلة (١/ ٣٤٥ ـ ٣٨٠)، المقصد الأرشد (٣/ ٤٣، ٤٤).

(٦) **مسألة توارث الشفعة والحد**: إذا مات الشفيع قبل مطالبته بحقه من الشفعة أو بعد =

....

= ذلك فهل يرث الورثة حق المطالبة بها لأنها من حقوق الميت؟ أم يسقط حق المطالبة بها؛ لأنها نوع خيار للتمليك؟

الفقهاء في هذه المسألة على مذهبين:

المذهب الأول: يسقط حق الشفعة إذا مات الشفيع قبل المطالبة بها وهذا هو رأي علماء الحنفية والحنابلة.

يقول السرخسي رحمه الله: «وإذا مات الشفيع بعد البيع قبل أن يأخذ بالشفعة لم يكن لوارثه حق الأخذ بالشفعة عندنا» المبسوط (١٤/ ١١٦).

ويقول ابن قدامة رحمه الله: «والشفعة لا تورث إلا أن يكون الميت طالب بها، وجملة ذلك أن الشفيع إذا مات قبل الأخذ بها لم يخل من حالين: **أحدهما**: أن يموت قبل الطلب بها فتسقط، ولا تنتقل إلى الورثة».

ثم قال: **الحال الثاني**: «إذا طالب بالشفعة ثم مات فإن حق الشفعة ينتقل إلى الورثة قولاً واحداً»، المغني (٧/ ٥١٠)، وانظر: الإنصاف (٤/ ٤٩٣).

المذهب الثاني: لورثة الشفيع المطالبة بالشفعة مطلقاً، حتى لو مات الشفيع قبل المطالبة بها، وهو رأي المالكية والشافية.

ذكر ابن نصر ـ من علماء المالكية ـ أن خيار الشفعة موروث؛ وقال: «لأنه خيار لدفع الضرر عن ماله؛ فجاز أن يقوم فيه وارثه مقامه كخيار الرد بالعيب؛ ولأنه مستفاد الملك فجاز أن يكون موروثاً»، المعونة (٢/ ٢٣٦)، وانظر: الثمر الداني (١/ ٥٥٢).

وقال الشيرازي ـ من علماء الشافعية ـ: «وإن مات الشفيع قبل العفو والأخذ انتقل حقه من الشفعة إلى ورثته؛ لأنه قبض استحقه بعقد البيع، فانتقل إلى الورثة كقبض المشتري في البيع، ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال الموروث، فورث كالرد بالعيب». انظر: المهذب (١/ ٣٨٣)، وانظر: روضة الطالبين (٥/ ١٠٠).

ثانياً: توارث الحد:

أما توارث حد القذف فالعلماء أيضاً مختلفون حوله، وقد ربطه علماء الحنابلة بتوارث حد الشفعة لمساواته إياه في الحكم عندهم، فكما أن حق الشفعة يورث إن طالب به الشفيع قبل موته ويسقط إن لم يطالب به قبل موته فكذلك حد القذف يورث إن طالب به المقذوف قبل موته ويسقط إن لم يطالب به قبل موته.

روى ابن قدامة رحمه الله كلام الإمام أحمد في ذلك فقال: «قال أحمد: الموت يبطل بها ثلاثة أشياء: الشفعة، والحد إذا مات المقذوف، والخيار إذا مات الذي اشترط الخيار لم يكن للورثة». المغني (٧/ ٥١٠).

وقال المرداوي رحمه الله: «إذا قذف قبل موته ثم مات فلا يخلو إما أن يكون قد طالب أو لا، فإن مات ولم يطالب سقط الحد بلا إشكال»، ثم قال: «وإذا كان طالب به =

وفي كتاب الخلال عن أبي طالب، سألت أحمد عن الرجل تكون له الشفعة فيموت، لولده أن يطلبها؟ قال: لا تورث الشفعة؛ لعله لم يكن يطلبها إلا أن يكون الرجل قد طلب وعلم الناس أنه قد طلب، فلهم أن يرثوه، ويقوموا مقامه(١).

وعن حرب: سمعت أبا عبد الله يقول في رجل له شفعة فلم يطلبها، أو حد على رجل، أو خيار في شيء فلم يطلب ذلك فمات، فليس لورثته أن يطلبوا شيئاً من ذلك إذا لم يكن الميت يطلب.

وعن جعفر بن محمد، سمعت أبا عبد الله سُئل عن الرجل يطلب الشفعة فيموت، لولده أن يطلبها؟ [٢١٣/ب] قال: إن سكت الأب عن الشفعة ومات، لم يكن لهؤلاء أن يطلبوا الشفعة.

وعن محمد بن الحسن بن هارون، سُئل أبو عبد الله عن رجل مات وله شفعة ألورثته أن يطلبوا بذلك؟ قال: تبطل الشفعة إذا مات صاحبها.

وقال إسحاق بن منصور: قلت لأحمد: إذا كان لرجل شفعة فمات

= فالصحيح من المذهب أنه لا يسقط، وللورثة طلبه» الإنصاف (١٠/ ٢٠٠).
أما الحنفية فيرون سقوط الحد بموت المقذوف مطلقاً.
قال ابن عابدين رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «إذا مات المقذوف قبل إقامة الحد على القاذف أو بعد إقامة بعضه بطل الحد، وليس لوارثه إقامته». حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٢)، وانظر: بدائع الصنائع (٦/ ٢٨٨)، الفتاوى الهندية (٢/ ١٦٥).
ويرى علماء المالكية رأياً آخر، نقل الدسوقي رَحِمَهُ ٱللَّهُ قول اللخمي فقال: «إن مات المقذوف وقد عفا فلا قيام لوارثه، وإن أوصى بالقيام لم يكن لوارثه عفو، فإن لم يعف ولم يوص فالحق لوارثه إن شاء قام وإن شاء عفا». حاشية الدسوقي (٤/ ٣٣١)، وانظر: الفواكه الدواني (٢/ ٢١١).
وأما الشافعية فقالوا بتوارث الحد ما لم يعف المقذوف عن قاذفه قبل موته، وسواء عندهم طالب المقذوف بالحد قبل موته أم لم يطالب. انظر: الأم (٥/ ٢٩٢)، الإقناع للشربيني (٢/ ٥٢٩)، الوسيط (٦/ ٧٩).
(١) ذكر هذه الرواية ابن البهاء في فتح الملك العزيز. انظر: (٤/ ٢٦٥).

ولم يطلبها؟ قال: ليس لورثته شيء، إنما هو شيء يطلبه بنفسه، فإذا مات لم ترثه ورثته.

وقال في رواية أحمد بن القاسم: أشياء إنما تجب بالطلب، وإذا تركت لم يجب لأصحابها شيء، مثل الحد، والشفعة، والخيار[١] يكون له في الشيء، والشفعة يسكت عنها فكيف تورث وأصحابُها تركوها؟!

وروى إبراهيم بن الحارث قال: قال أبو عبد الله: الموت يبطل ثلاثة أشياء؛ الشفعة إذا مات الشفيع بطلت، لا تورث الشفعة، وذكر الحد والخيار، ثم قال: هذه الثلاثة أشياء، إنما هي بالطلب، فإذا لم يكن يطلب فليس تجب.

وروى غيرها. و[نحو ذلك][٢]، وبه قال[٣] الحسن، وابن سيرين، والشعبي، والنخعي، وأبو حنيفة[٤]، والثوري، وإسحاق وداود.

وقال فريق منهم مالك[٥]، والشافعي[٦] ببقاء الشفعة وانتقالها إلى الوارث.

---

(١) وردت هذه الرواية في شرح الزركشي. انظر: (٤/ ٢٠٥).

(٢) ورد في المخطوط: [ولا نحو ذلك]، والأصوب ما أثبت، لصحة المعنى.

(٣) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٥١٠): «وروي سقوطه بالموت عن الحسن وابن سيرين، والشعبي، والنخعي، وبه قال الثوري، وإسحاق وأصحاب الرأي»، وانظر: الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٧٢ ـ ٤٧٣)، مذاهب أهل العلم لابن المنذر (١/ ٤٩).

(٤) قال الكاساني في بدائع الصنائع (٤/ ١١١): «فكذلك لا شفعة للوارث عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ»، وانظر: المبسوط للسرخسي (١٣/ ١٥٧).

(٥) قال ابن رشد في المقدمات (٣/ ٦٨): «وتورث الشفعة فينزل الوارث منزلة الموروث في الحق الذي كان له من الأخذ أو الترك، سواء مات الموروث والشقص الذي يشفع به في يده فورثه عنه، أو مات بعد بيع الشقص على القول بأن البيع لا يسقط شفعته»، وانظر: بداية المجتهد لابن رشد (٤/ ١٤١٥)، الذخيرة للقرافي (٧/ ٢٧٥).

(٦) قال الماوردي في الحاوي (٧/ ٢٥٧): «أما الشفعة فموروثة تنتقل بموت الشفيع قبل عفوه إلى ورثته»، وانظر: روضة الطالبين للنووي (٤/ ١٩٤).

قال أبو الخطاب[١]: ويتخرج مثله؛ لأن الأخذ حق ثبت للمورث[٢]، فثبت للوارث، كحق الدين والقصاص[٣].

لنا[٤]: أن حق الشفيع يستند إلى ملك يتقدم البيع، وملك الوارث متراخ عنه، فلا يكون بملكه مستحقاً، وأيضاً فالثابت بالشفعة اختيار التملك، وهو مجرد رأي [ومشيئة][٥]، وذلك لا يبقى بعد الموت ليخلفه الوارث فيه، ولأنه خيار ثبت للتملك فلا يثبت بعد الموت كخيار القبول، أو حق ليس بمال[٦]، ولا يسقط إلى مال، فلم يورث كخيار القبول.

ومن الأصحاب[٧] من قاس على الرجوع في الهبة بجامع أنه فسخ ثبت لا لفوات جزء، واحترز بوصف الفوات من خيار الرد بالعيب لكونه ثبت لاستدراك جزء.

---

(١) قال أبو الخطاب في الهداية (٣٢٣): «ويتخرج أن لا تسقط ويطلب الوارث فإن طالب ومات، انتقلت الشفعة إلى وارثه قولاً واحداً».

(٢) المورث: هو الميت الذي ترك ميراثاً. انظر: لسان العرب (٢/ ٢٠٠).

(٣) القِصاص: بكسر القاف وهو المماثلة، مأخوذ من القص وهو القطع. وقد اقتص لفلان من فلان إذا اقتص له منه فجرحه مثل جرحه أو قتله مثله قَوْداً، والتقاص التناصف.
وسمي قصاصاً لما فيه من معنى المماثلة والمقايسة.
انظر: الفائق (١/ ٦٨)، النهاية في غريب الأثر (٤/ ٧٢)، تحرير ألفاظ التنبيه (١/ ٢٩٣).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٥١٠)، المستوعب للسامري (٢/ ٩٣)، فتح الملك العزيز لابن البهاء (٤/ ٤٦٢)، الإقناع للحجاوي (٢/ ٦٢٣).

(٥) ورد في المخطوط: (مشبه)، والأصوب ماأثبت، لصحة المعنى وكما ورد في المبسوط للسرخسي. انظر: (١٣/ ١١٦).

(٦) الحقوق نوعان: حقوق الأموال، وحقوق الأبدان. وتصير الحقوق المالية كالبدنية في أن المقصود بالوجوب هو الأداء.
انظر: كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية (٤/ ٤١٤)، شرح التلويح على التوضيح (١/ ٢٨٠).

(٧) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٥١٠): «ولنا أنه حق فسخ ثبت لا لفوات جزء، فلم يورث؛ كالرجوع في الهبة»، وانظر: الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٧٣).

وفي التعليل بالفسخ نظر؛ لأنه لو كان كذلك لوجبت عهدته على البائع لتلقيه عنه بالفسخ، والأمر بخلافه.

الحالة الثانية: الموت بعد المطالبة(١):

ونص أحمد رَحِمَهُ اللَّهُ فيها متكثر ببقاء الشفعة وانتقالها إلى الوارث.

قال أبو جعفر ـ محمد بن موسى ـ سألت أحمد عن الشفعة تورث؟ قال: نعم إذا علم أن صاحبها قد طلبها.

وقال جعفر [٢١٤/أ] بن محمد النسائي: سمعت أبا عبد الله سئل عن الرجل يطلب الشفعة فيموت، لولده أن يطلبها؟ قال: نعم، إذا كان الأب يطلب الشفعة.

وقال الميموني قلت لأبي عبد الله ـ يعني: في الرجل يرث عن أبيه الشفعة ـ ما تقول أنت؟ قال: أقول: إنها تورث؟ ثم فسره لي غير مرة، قال: إذا كان أبوه يوم مات يطلب شفعته، ـ يعني: كان لهذا الابن أن يطلبها ويرثها ـ لأنه حق له، قلت: حق كان لأبيه، فلما مات طلبه ابنه. قال: نعم.

وقال الحسن بن محمد السجستاني: قال أحمد: ثلاثة إذا كان الطلب: الخيار، والحدود، وفي الشفعة [. . . . . . .](٢).

وقال أبو الحارث: قلت لأبي عبد الله: إن مات صاحب الشفعة لولده أن يطلبوا الشفعة؟ قال: نعم؛ أي: إذا طلب صاحب الشفعة.

ومن نصه أيضاً ما مرّ قبل من رواية الأثرم، وأبي داود، وأبي

---

(١) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٥١٠): «الحال الثاني: إذا طالب بالشفعة ثم مات، فإن حق الشفعة ينتقل إلى الورثة، قولاً واحداً»، وانظر: الهداية لأبي الخطاب (٣٢٣)، المستوعب للسامري (٢/ ٩٥)، المبدع لابن مفلح (٥/ ٢٢٣)، فتح الملك العزيز لابن البهاء (٤/ ٢٦٤).

(٢) ورد في المخطوط: [وفي الخيار] وهو تكرار.

طالب وحرب، وابن القاسم، وإبراهيم بن الحارث، وبذلك قال أهل الظاهر[١].

ثم من الأصحاب من يُعلل بإفادة الطلب للملك، فيكون الحق موروثاً بهذا الاعتبار، وهو طريقة القاضي[٢]، وأبي الخطاب، ومن وافقهما على إفادة الملك.

ومنهم من يعلل بأن الطلب مقرر للحق؛ ولهذا لم يسقط بتأخير الأخذ بعده وسقط قبله، وإذا تقرر الحق وجب أن يكون موروثاً، وهذا طريقة المصنف ومن وافقه على أن الطلب لا يفيد الملك، وهو مقتضى كلام أحمد رَحِمَهُ اللَّهُ، فإنه مصرح بأن للورثة ميراث الشفعة والمطالبة بها، والشفعة حقيقة في المعنى المحصل للملك في هذا الباب، لا في الشقص نفسه، فالإرث متعلق بما ذكرنا من المعنى، وذلك المعنى هو متعلق الطلب.

وعلى ما قال القاضي يكون الإرث متعلقاً بنفس الشقص؛ لأن طلب الموروث أثبت لملكه فيه، فيصير على هذا التقدير عيناً من أعيان التركة، فلا يكون الإرث متعلقاً بما ذكرنا من المعنى المحصل، وليس ذلك بالمسألة ولا منصوص أحمد على ما لا يخفى.

وخالف أبو حنيفة[٣] في اعتبار الطلب للتوريث، وسوىَّ بين وجوده

---

(١) قال ابن حزم في المحلى (٩/ ٩٦): «وإن مات الشفيع قبل أن يقول أنا آخذ شفعتي فقد بطل حق ورثته في الأخذ بالشفعة أصلاً؛ لأن الله تعالى إنما جعل الحق له لا لغيره».

(٢) قال ابن مفلح في المبدع (٥/ ٢٢٣): «قال القاضي في التعليق: فعلى هذا لو علم الوارث أنه راغب فيها كان له المطالبة».

(٣) قال السرخسي في المبسوط (١٣/ ١١٦): «وإذا مات الشفيع بعد البيع قبل أن يأخذ بالشفعة لم يكن لوارثه حق الأخذ بالشفعة وعندنا مجرد الرأي والمشيئة لا يتصور فيه الإرث؛ لأنه لا يبقى بعد موته ليخلفه الوارث فيه، والثابت له بالشفعة، مجرد المشيئة بين أن يأخذ أو يترك»، وانظر: بدائع الصنائع للكاساني (٤/ ١٢٣، ١٢٤)، الإفصاح لابن هبيرة (٢/ ٣٧)، تبيين الحقائق للزيلعي (٦/ ٣٨٧).

وعدمه؛ لأنه إنما يفيد ظهور الرغبة في الأخذ، والرغبة في الأخذ لا تنتقل إلى الوارث.

ولنا: ما ذكرنا من تقرر الحق بالطلب، وأن المتقرر ينتقل إلى الوارث وفيه بحث.

فصل

وتنتقل الشفعة [٢١٤/ب] إلى الورثة كلهم على حسب مواريثهم.

ذكره غير واحد منهم: المصنف(١)؛ والسامري(٢)؛ لأنه حق مالي موروث فوجب كونه كذلك كما في المال.

قال المصنف(٣): «وسواء قلنا الشفعة على قدر الأملاك، أو عدد الرؤوس؛ لأن الاستحقاق ههنا لسبب الإرث من الشفيع، ثم لو عفا البعض، توفر الحق على الباقين، ولم يكن لهم إلا أخذ الكل أو الترك كما في الشفعاء إذا عفا بعضهم بجامع الشركة في تشقيص الشقص على المشتري».

فرع

لا فرق في الوارث بين ذي الرحم(٤)، والزوج والمولى(٥)

(١) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٥١١): «فإذا ثبت هذا، فإن الحق ينتقل إلى جميع الورثة على حسب مواريثهم؛ لأنه حق مالي موروث، فينتقل إلى جميعهم، كسائر الحقوق المالية».

(٢) قال السامري في المستوعب (٢/ ٩٤): «وإن طالب قبل موته بالشفعة، ورثها عنه كل من ورث ماله، كما يرثون المال قولاً واحداً».

(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٥١١).

(٤) **ذوو الأرحام لغة**: كل قرابة.
شرعاً: كل قريب ليس بذي سهم ولا عصبة.
انظر: التعريفات (١/ ١٤٦)، التعاريف (١/ ٣٥٢)، حسن الأسوة (١/ ٤١٥).

(٥) المولى: مولى النعمة. وهو المعتِق أنعم على عبده بعتقه، وهو المُعتَق لأنه ينزل منزلة =

وبيت المال[١].

الآخر: إشهاد الشفيع على الطلب حالة العذر، يقوم مقام الطلب في الانتقال إلى الورثة، وقد مر نص أحمد عليه من رواية الأثرم؛ لأن الإشهاد حالة العجز عن المطالبة يقوم مقام المطالبة في تقرير الحق[٢].

فصل

شفيعان في شقص، عفا أحدهما وطالب الآخر، ثم مات فورثه العافي؛ له أخذ الشقص بالشفعة، ذكره المصنف[٣]؛ لاستقرار شفعة الميت بمطالبته، فانتقلت إلى وارثه كما في الذي تقدم.

قال المصنف[٤]: وكذا ما لو قذف رجل أمهما الميتة، فعفا أحدهما وطالب الآخر، ثم مات فورثه العافي، كان له استيفاء الحد بالنيابة[٥] عن أخيه، إذا قيل بوجوب الحد بقذفها، وفيه بحث.

= ابن العم، ويرثُه إن مات ولا وارث له، ويسمى هذا موالاة، والشخص المعروف، مولى الموالاة.
انظر: تحرير ألفاظ التنبيه (١/ ٢٣٩)، الفروق مع هوامشه (٤/ ٣٤٢)، لسان العرب (١٥/ ٤٠٩).

(١) انظر: الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٨٣)، الإقناع للحجاوي (٢/ ٦٢٣).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٥١١)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٧٤)، الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٨٣).

(٣) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٥١١): «وإذا بيع شقص له شفيعان، فعفا أحدهما عنها، وطالب الآخر بها، ثم مات المطالب، فورثه العافي، فله أخذ الشقص بها؛ لأنه وارث لشفيع مطالب بالشفعة، فملك الأخذ بها؛ كالأجنبي».

(٤) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٥١١): «وكذلك لو قذف رجل أمهما وهي ميتة فعفا أحدهما وطالب الآخر، ثم مات الطالب فورثه العافي، ثبت له استيفاؤه بالنيابة عن أخيه الميت إذا قلنا بوجوب الحد بقذفها».

(٥) **النيابة لغة**: من ناب الشيء عن الشيء، ينوب قام مقامه. وأنبته أنا عنه.
انظر: لسان العرب (١/ ٧٧٥)، مختار الصحاح (١/ ٢٨٥). =

فصل

قال: «ويأخذ الشفيع بالثمن الذي وقع العقد عليه، وإن عجز عنه أو عن بعضه سقطت شفعته، وما يحط من الثمن أو يُزاد فيه في مدة الخيار يلحق به، وما كان بعد ذلك لا يلحق به، وإن كان مؤجلاً أخذه الشفيع بالأجل [....][١] إن كان مليئاً وإلا أقام كفيلاً[٢] مليئاً وأخذ به «وإن كان الثمن عرضاً[٣] أعطاه مثله إن كان ذا مثل وإلا قيمته»[٤].

الفصل بأسره في صفة الأخذ وتوابعه.

وفيه مسائل:

الأولى: قوله: «يأخذ الشفيع بالثمن الذي وقع العقد عليه» فيه مضمر[٥] حذف اختصاراً وتقديره مثل أو قدر الثمن؛ لأن الأخذ بعين

= والوكالة والنيابة: استنابة الغير في التصرف من بيع أو إجارة أو غير ذلك ويصح بعوض، وغير عوض.

ويجوز النيابة في العبادات المالية ومطلقاً، ولا تجوز في البدنية بحال، وفي المركب منهما كالحج يجوز عند العجز لا القدرة.

انظر: التلقين (٢/ ٤٤٥)، التذكرة (١٥٠)، ملتقى الأبحر (١/ ٤٥٥).

(١) ورد في المخطوط: (و) وهي زائدة.

(٢) **الكفالة لغة:** هي الضم، قال الله تعالى: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾؛ أي: ضمّها إلى نفسه.

انظر: تفسير الطبري (٣/ ٢٤١)، تحفة الفقهاء (٢/ ٢٣٧).

وفي الشرع: التزام رشيد إحضار من عليه حق مالي لربه، وتنعقد بما ينعقد به الضمان، وإن ضمن معرفته أُخذ به.

ولا تصح الكفالة إلا ممن يملك التبرع، فإن مات أو تلفت العين بفعل الله تعالى قبل الطلب برئ.

انظر: التلقين (٢/ ٤٤٤)، تحفة الفقهاء (٢/ ٢٣٧)، الإنصاف (٥/ ٢٠٩)، الروض المربع (٢/ ١٨٦).

(٣) العرض: المتاع؛ وكل شيء عرض إلا الدراهم والدنانير، فإنها عين.

انظر: الزاهر للأزهري (١/ ١٥٧)، مختار الصحاح (١/ ١٧٨).

(٤) انظر: المقنع لابن قدامة المطبوع (٢/ ٢٧٠ ـ ٢٧٢)، والمخطوط (٥٩/أ).

(٥) يبدو أن الشيخ هنا تسامح في إطلاق المصطلحات النحوية. فعند قوله: «فيه مضمر» =

الثمن المأخوذ به للمشتري غير ممكن للشفيع، فتعين الإضمار.

وإذاً فالظاهر إرادة الثاني وهو القدر؛ لأنه تعرض لوصف التأجيل والمثلية والتقويم فيما بعد، فلو كان المثل مراداً لكان تكريراً؛ لشمول «المثل» للصفة(١) والذات، وبالجملة فالتماثل ذاتاً وصفةً يجب [كيفما](٢) أمكن [٢١٥/أ]؛ لأن شرع الشفعة ورد على ما كانت عليه عند العرب(٣)، والتماثل هو المتعارف عندهم فيها على ما هو المنقول عنهم.

قال القاضي أبو الوليد بن رشد المالكي في «المقدمات»(٤):

= قد يفهم منه أن هناك ضمير محذوف يرجع على مذكور في الكلام، والظاهر غير هذا؛ لأن التقدير الذي ذكره يقصد فيه بالضمر اسم محذوف مقدر بـ (مثل أو قدر الثمن).
فالذي يبدو لي أن الشيخ خلط بين مصطلحي الإضمار والحذف، وكان الأولى أن يقول: فيه محذوف تقديره كذا.
حيث عُرِّف الإضمار عند النحاة بأنه: ذكر الضمير لا مدلوله، والضمير والمضمر هو اللفظ الموضوع للدلالة على الغائب أو المتكلم أو المخاطب. وسمي بذلك لضموره؛ أي: هزاله وقلة حروفه.
أما الحذف: فهو القطع وهو ظاهرة تشيع في لغة العرب، وتهدف في كل مواقعها إلى التخفيف.
انظر: معجم المصطلحات النحوية والصرفية للدكتور محمد سمير اللبدي ص(٦٤ ـ ١٢٧).

(١) الصفة: هي الاسم الدال على بعض أحوال الذات، وذلك نحو: طويل وقصير وعاقل وأحمق وغيرها. وهي الإمارة اللازمة بذات الموصوف الذي يُعرف بها، والوصف والصفة مصدران.
والذات التي هي مدلول العلم جزء من مدلول اللفظ المشتق، ومدلول اللفظ المشتق وصف لمدلول العلم.
انظر: الأحكام للآمدي (١/ ٤١)، التعريفات (١/ ١٧٥)، إرشاد الفحول (١/ ٣٠٦).

(٢) ورد في المخطوط: [كيف ما]، والأصوب ما أثبت.

(٣) التماثل: الإشتراك في النوع وهو ضد التفاوت.
والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى في المعيار. ولا تكون إلا في المتفقين تقول: نحوُه كنحوه، وفقهه كفقهه ولونه كلونه، وطعمه كطعمه، فإذا قيل: هو مثله على الإطلاق فمعناه أنه يسد مسده، وإذا قيل: هو مثله في كذا، فهو مساوٍ له في جهة دون جهة.
انظر: لسان العرب (١١/ ٦١٠)، الغرة المنيفة (١/ ٧٧).

(٤) قال ابن رشد في المقدمات (٣/ ٢٦): «وقيل: بل كانوا في الجاهلية إذا باع باع =

«الأصل في تسمية أخذ الشريك الشقص الذي باع شريكه من المشتري بالثمن الذي اشتراه به شفعة؛ أن الرجل في الجاهلية كان إذا اشترى حائطاً أو منزلاً أو شقصاً من حائط أو منزل [أتاه][(١)] المجاور، أو الشريك يتشفع إليه في أن يوليه إياه فسمي به شفعة». انتهى.

والأصل عدم التغيير؛ ولأن النبي ﷺ أثبت له الانتزاع من المشتري؛ لأخذه ـ أعني: المشتري ـ ما استحق الشفيع شراءه فوجب بالمثل؛ لأن الحرمات قصاص، والقصاص يعتمد المماثلة، وهذا مما أجمعوا عليه في باب الشفعة.

وقد استدل له بأن في حديث جابر: «فإن باعه فهو أحق به بالثمن[(٢)]» ولفظة: «الثمن»، إنما أعرفها في أخذ الشريك من شريكه ابتداء، رواها الحجاج بن أرطأة[(٣)] عن أبي الزبير[(٤)] عن جابر، ولفظه:

= أحدهم حصته أو وصله أتى المجاور شافعاً إلى المشتري، ليوليه إياه».
وأبو الوليد ابن رشد هو: محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، ولد سنة (٥٢٠هـ)، فقيه الأندلس، ولي القضاء، وهو زعيم فقهاء وقته بأقطار الأندلس والمغرب، من مؤلفاته: «المقدمات والممهدات»، «البيان والتحصيل»، توفي سنة (٥٩٥هـ).
انظر: الغنية (٥٤) المرتبة العليا (٩٨).

(١) ورد في المخطوط: [أباه]، والأصوب ما أثبت، كما في المقدمات لابن رشد. انظر: (٣/ ٢٦).

(٢) في باب الشفعة، من كتاب المساقاة برقم (١٦٠٨). بنحوه: انظر: صحيح مسلم (٣/ ١٢٢٩).
عن جابر قال: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شرك لم يقسم، ربعة أو حائط، لا يحل له أن يبيعه حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به».

(٣) هو: الحجاج بن أرطأة من التابعين، من الطبقة الخامسة. قال الذهبي: لا يُحتج بأبي ليلى وأبي الحجاج بن أرطأة. وقال الكيلكدي في جامع التحصيل: مشهور به من الضعفاء وغيرهم.
انظر: جامع التحصيل للكيلكدي (١/ ١٠٥)، سير أعلام النبلاء للذهبي (٦/ ٣١٢).

(٤) هو: عبد الله بن الزبير بن العوام، الأسدي، أبو حبيب المكي ثم المدني، أول مولود =

«أيما قوم كانت بينهم زراعة أو دار، فأراد أحدهم أن يبيع نصيبه فليعرضه على شركائه، فإن أرادوه فهم أحق به بالثمن»[١].

وفي لفظ: «من كانت بينه وبين أخيه [مزرعة][٢] فأراد أن يبيعها فليعرضها على صاحبه فهو أحق بها بالثمن».

فإن ثبت ما أوردوه فإنما يدل لما قالوا أن لو كان لام الثمن للعهد[٣] وهذا قد لا يسلم، إذ يجوز أن يكون لتعريف الماهية[٤]، كما

= في الإسلام، فارس قريش، شهد اليرموك، وبويع بعد موت يزيد، كان فصيحاً شريفاً، شجاعاً، لسناً، ولد في السنة التي قدم فيها النبي ﷺ إلى المدينة، وقيل: بعد الهجرة بعشرين شهراً. قتل بمكة سنة (٧٣هـ).

انظر: رجال صحيح البخاري للكلاباذي (١/ ٣٨٧)، المعين في طبقات المحدثين (١/ ٣٢)، سير أعلام النبلاء (٣/ ٣٦٣ ـ ٣٨٢).

(١) لم أجد هذه الروايات إلا بلفظ في مسند الإمام أحمد برقم (١٤٦٩٨)، (٣٠/ ٢٣٢). حدثنا زياد بن عبد الله البكائي، حدثنا الحجاج بن أرطأة عن أبي الزبير، عن جابر، قال: قال رسول الله ﷺ: «**أيما قوم كانت بينهم رباعة أو دار، فأراد أحدهم أن يبيع نصيبه، فليعرضه على شركائه، فإن أخذوه فهم أحق به بالثمن**»، قال عنه الألباني في أرواء الغليل: «ضعيف بهذا اللفظ».

(٢) في المخطوط: (مزارعة)، وأثبتها في الأصل لمناسبة السياق.

(٣) لام العهد: هي التي تكون لتعريف العهد، وتنقسم إلى قسمين: لأن العهد إما ذكري وإما ذهني، فأما الأول: كقولك: «اشتريت فرساً ثم بعت الفرس؛ أي: بعت الفرس المذكور».

والثاني كقولك: «جاء القاضي» إذا كان بينك وبين مخاطبك عهد في قاضٍ خاص.

وأما التي لتعريف الجنس: فكقولك: «الرجل أفضل من المرأة» إذا لم ترد به رجلاً بعينه ولا امرأة بعينها. وإنما أردت أن هذا الجنس من حيث إنه أفضل من هذا الجنس، من حيث هو. ولا يصح أن يُراد بهذا أن كل واحد من الرجال أفضل من كل واحدة من النساء؛ لأن الواقع بخلافه، وأل هذه: هي التي يعبر عنها بالجنسية، ويعبر عنها أيضاً بالتي هي لبيان الماهية، وبالتي لبيان الحقيقة.

انظر: اللامات للزجاجي (١/ ٤٢ ـ ٤٥)، شرح قطر الندى للأنصاري (١٣٥).

(٤) الماهية: ما يصلح جواباً لسؤال بصيغة «ما هو» وتطلق غالباً على الأمر المتعقل، مثل: المتعقل من الإنسان.

انظر: روضة الناظر (١/ ١٠)، التعريفات صفحة (٢٥٠).

هو فيما أوردنا من جهة الحجاج فإنه لا يجوز أن يكون فيه للعهد قطعاً كما لا يخفى.

إذا ثبت هذا: فالثمن لا يخلو من كونه مثلياً(١) أو (متقوماً)(٢) والأول قد علم انقسامه إلى نقد وعَرَض، فالنقد الدنانير والدراهم، والعرض كالحبوب و(الأدهان)(٣)، وأيا ما كان فالمماثلة فيه تتعلق بأمور:

أحدها: الجنس: فيجب في الذهب ذهب، وفي الفضة فضة، وفي الحنطة حنطة، وفي الشعير شعير، وفي الزيت زيت؛ لقيامه مقامه صورة ومعنى، وإن انقطع المثل حالة الأخذ: انتقل إلى القيمة، كما في الغصب، حكاه ابن الزاغوني(٤)، وذكر أنه متفق عليه، لمكان التعذر.

وحكى في أصل المسألة رواية ثانية(٥): أنه يأخذ بقيمة المكيل والموزون، سواء كان المثل موجوداً أو معدوماً، وهو قول طائفة، وبناه على الخلاف في ضمان [٢١٥/ب] المكيلات والموزونات حالة الإتلاف.

---

(١) المثلي: ما حصره كيل أو وزن وكان على صفته الأصلية فإن خرج عنها صار قيمياً.
انظر: الفروق (٢/ ١٤٥)، تحرير ألفاظ التنبيه (١/ ١٩٣)، غمز عيون البصائر (١/ ٢٤٣).

(٢) ورد في المخطوط: [منقولاً]، والأصوب ما أثبت، لصحة المعنى.
والمتقوم هو: كل مقدر بكيل أو وزن ونقض بالمعجونات المتفاوتة الأجزاء وما دخلته النار والأواني المتخذة من النحاس فإنها موزونة وليست مثلية.
انظر: شرح التلويح على التوضيح (١/ ٤١٢).

(٣) ورد في المخطوط: (والدهان)، والمثبت في الأصل مناسب للسياق.

(٤) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٨٦): «الجنس: فيجب مثله من الجنس: كالذهب والفضة، والحنطة، والشعير، والزيت، ونحوه، وإن انقطع المثل حالة الأخذ: انتقل إلى القيمة. كما في الغصب. حكاه ابن الزاغوني محل وفاق».

(٥) قال ابن البهاء في فتح الملك العزيز (٤/ ٢٦٥): «فإن قيل: ينبغي أن يأخذه بقيمته؛ كالمضطر إلى طعام غيره»، وانظر: المبدع لابن مفلح (٥/ ٢٢٢)، الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٨٦).

فصل

والمذروع كالثياب[1]، قال ابن الزاغوني[2] في شروطه: القول فيه كالقول في المكيل والموزون، إلا أن القول فيه ههنا مبني على السلم[3] فيه.

(فالقائلون)[4] بصحة السلم في الثياب[5] يقولون يؤخذ بمثلها، إلا على الرواية التي ذكرنا في أنها مضمونة بالقيمة. فإن الشفيع يأخذ بالقيمة، والذي يقول لا يصح السلم فيها، يقول يأخذ القيمة، والأولى القيمة. انتهى.

والقيمة اختيار المصنف[6]، وعامّة الأصحاب.

---

(١) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٨٠): «وإن كان مما لا مثل له كالثياب والحيوان، فإن الشفيع يستحق الشقص بقيمة الثمن»، وانظر: الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٨٦)، الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٨٦).

(٢) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٨٦): «وأما المذروع ـ كالثياب ـ فقال ابن الزاغوني في شروطه: القول فيه كالقول في المكيل والموزون، إلا أن القول فيه ها هنا مبنى على السلم فيه، فحيث صححنا السلم فيه: أخذ مثلها: إلا على رواية في أنها مضمونة بالقيمة، فيأخذ الشفيع بالقيمة، وحيث قلنا لا تصح، يأخذ القيمة، والأولى: القيمة. انتهى».

(٣) **السلم لغة**: السلم والسلف واحد يقال: سلَّم وأسلم، وسلَّف وأسلف بمعنى واحد، وهذا قول جميع أهل اللغة، إلا أن السلف يكون قرضاً أيضاً. انظر: الدر النقي (٦/ ٤٧٩)، الصحاح (٥٠٨).

شرعاً: عقد على موصوف في الذمة مؤجل بثمن مقبوض في مجلس العقد.

انظر: أنيس الفقهاء (٢١٨)، تحرير ألفاظ التنبيه (١٨٧).

(٤) ورد في المخطوط: [كالقائلون]، والأصوب ما أثبت، لمناسبته سياق الجملة.

(٥) قال ابن المنذر في الإجماع (١/ ٩٤): «وأجمعوا على أن السلم في الثياب جائز بذراع معلوم وصفة معلومة الطول والعرض والرقة».

(٦) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٨٠): «إذا ثبت هذا، فإنا ننظر في الثمن، فإن كان دنانير أو دراهم، أعطاه الشفيع مثله، وإن كان مما لا مثل له؛ كالثياب والحيوان، فإن الشفيع يستحق الشقص بقيمة الثمن، وهذا قول أكثر أهل العلم، وبه يقول أصحاب الرأي والشافعي».

والمعدود: كالبيض وما أشبهه، هل يأخذ بمثله أو قيمته؟

قال ابن الزاغوني[(١)]: «ينبني على السلم فيه؛ أي: إن قلنا بالصحة ففيه ما في المكيل والموزون، وإلا فالقيمة ولا بد»، ثم حكى عن الطحاوي[(٢)]: أن أبا حنيفة وصاحبيه قالوا: يأخذ بمثل البيض وغيره من المعدود، وعن زفر بالقيمة وهو اختيار الأصحاب[(٣)] وأكثرهم، وقول

(١) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٨٦): «وأما المعدود ـ كالبيض ونحوه ـ فقال ابن الزاغوني: ينبني على السلم فيه، إن قيل بالصحة ففيه ما في المكيل والموزون، وإلا فالقيمة».

(٢) قال الطحاوي في مختصر اختلاف العلماء (٢/ ١٢): «قال أصحابنا، ومالك، والأوزاعي، لا بأس بالسلم بالجوز والبيض عدداً، وصغير ذلك وكبيره سواء، وحكى الحسن بن زياد عن زفر أنه لا يجوز السلم في البيض والجوز وهو قول الثوري والشافعي»، وقال ابن الهمام في شرح فتح القدير (١١/ ٥١): «وإن كان المغصوب من العدديات المتقاربة كالجوز والبيض والفلوس، فعليه ضمان المثل عندنا وعلى قول زفر عليه ضمان القيمة، وهو بناء على الاختلاف بيننا وبينه في جواز السلم فيها عدداً»، وانظر: بدائع الصنائع للكاساني (٤/ ١٣١)، تبيين الحقائق (١/ ٣٦٩).
والطحاوي هو: محمد بن سلامة بن سلمة الأزدي الطحاوي الحنفي، وطحا من قرى مصر، خرج إلى الشام سنة (٢٦٨هـ) فتفقه بالقاضي أبي حازم وبغيره، كان ثقة، ثبتاً فقيهاً عاقلاً، برز في علم الحديث والفقه. ولد سنة (٢٣٧هـ). قال الشيرازي: انتهت إلى أبي جعفر رياسة أصحاب أبي حنيفة بمصر، صنف في «اختلاف العلماء»، وفي «الشروط»، وفي «أحكام القرآن العظيم»، وكتاب «معاني الآثار». مات سنة (٣٢١هـ) عن بضع وثمانين سنة.
انظر: مولد العلماء ووفياتهم للربعي (٢/ ٦١٩)، تذكرة الحفاظ للذهبي (٣/ ٥٠٩، ٥١٠).

(٣) قال ابن مفلح في الفروع (٢/ ٣١١): «ويرد المثل في المثلي مطلقاً، فإن أعوزه فقيمته أداء، ويرد قيمة جوهر ونحوه يوم قبضه، وفيما عداهما وجهان؛ يعني: من المعدود والمذروع والحيوان، وأطلقهما في الهداية والمستوعب والمذهب والكافي والمغني والمحرر والشرح العظيم والحاويين: **أحدهما**: يرد القيمة: اختاره الأكثر، وقطع به في المذهب الأحمد، والوجيز، ونهاية ابن زرين، وتذكرة ابن عبدوس، ومنتخب الأدمي، وتسهيل البهلي، وصححه في التصحيح، وقدمه في الخلاصة، والهادي، والرعايتين، والزبدة، وشرح ابن رزين، وغيرهم، **والوجه الثاني**: يجب رد مثله من جنسه، في صفاته، وإليه ميله في الكافي والمغني، والشرح، وهو ظاهر كلامه في العمدة»، وانظر: الإنصاف للمرداوي (٥/ ٨٦).

مالك[١] والشافعي[٢] والثوري[٣] وغيرهم.

الثاني: المقدار، فيجب مثل الثمن قدراً من غير زيادة ولا نقص[٤]، فإن وقع العقد على ما هو مقدر بالمعيار الشرعي[٥] فيه فذاك، وإن كان بغيره كالبيع بألف رطل من حنطة، فقال في «التلخيص»[٦]: ظاهر كلام أصحابنا أنه يُكال ويدفع إليه مثل مكيله؛ لأن الربويات تماثلها بالمعيار الشرعي، وكذلك إقراض[٧] الحنطة بالوزن قال: وعندي يكفي الوزن ههنا إذ المبذول في مقابلة الشقص، وقدر الثمن: معياره لا عوضه»، وهو كما قال، وللشافعية[٨] وجهان كالوجهين وأكثرهم على الأول.

---

(١) قال الإمام مالك في المدونة (١٥/ ٨٠): «وفي مثل عددٍ قيمته»، وانظر: منح الجليل (٥/ ٨٩)، حاشية الخرشي (٧/ ٧٣).

(٢) قال العمراني في البيان (٧/ ١٢٦): «فإن كان له مثل؛ كالحبوب والأدهان، أخذ الشفيع بمثله؛ لأنه من ذوات الأمثال، فأشبه الأثمان»، وانظر: نهاية المطلب للجويني ـ مخطوط ـ (لـ/ ٢٧)، فتح العزيز للرافعي (١١/ ٤٤٨)، روضة الطالبين للنووي (٤/ ١٧١)، مغني المحتاج للشربيني (٢/ ١٠٧).

(٣) انظر: مختصر اختلاف العلماء للطحاوي (٢/ ١٢).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٨٠)، المبدع لابن مفلح (٥/ ٢٢٢)، الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٨٦)، الإقناع للحجاوي (٢/ ٦٢٤).

(٥) المقصود بالمعيار الشرعي ما يقدر الشيء به كالمكيال وغيره.
انظر: الغرة المنيفة (١/ ٧٧)، المنثور (٣/ ١٨٦)، التوضيح (١/ ٤٠٠).

(٦) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٨٦): «فقال في التلخيص: ظاهر كلام أصحابنا: أنه يكال ويدفع إليه مثل مكيله؛ لأن الربويات تماثلها بالمعيار الشرعي، وكذلك إقراض الحنطة بالوزن، قال: يكفي عندي الوزن هنا إذ المبذول في مقابلة الشقص وقدر الثمن: معياره لا عوضه. انتهى».

(٧) القرض: مصدر قَرَض الشيء يقرضه، بكسر الراء ـ إذا قطعه. انظر: المطلع ص(٢٤٦).
وشرعاً: دفع مال إرفاقاً لمن ينتفع به ويرد بدله. انظر: كشاف القناع (٣/ ٣١٢).

(٨) قال الجويني في نهاية المطلب ـ مخطوط ـ (ل/ ٣٠): «لو اشترى رجل شقصاً بمائة من حنطة فإذا أراد الشفيع أن يأخذ بالشفعة فماذا عليه؟ قال القفال: لا يبذل الشفيع =

فصل

جهل القدر، بأن بيع بكف من دراهم لا يعلم زنتها، أو بصبرة[١] طعام لا يعلم مكيلتها، وأمكن الوقوف عليه، كيل ووُزِنَ ليحصل الأخذ بمثل ما أخذ، وإن كان غائباً، فأحضره البائع أو أخبر عنه وصَدَق عليه فذاك، وإلا فليس للشفيع إلزام الإحضار، ولا إخباره عنه؛ لأنه لا حق له على البائع ولا خصومة بينه وبينه، وأيضاً فالشفيع مطالب ومدعٍ والتبيين واجب على المدعي[٢].

وإن تعذر الوقوف عليه لتلف أو غيره، تعذر الاستشفاع، وبه يقول الشافعي[٣]؛ لعدم إمكان الأخذ بالمجهول[٤].

= مائة منه فإن الحنطة مكيلة ولا يجوز أن تقابل حنطتان وزن بوزن فإن المبيع عندنا معيار الشريعة ومعيارها في البر الكيل. . . ثم قال: هذا كلام القفال وهو الذي أطلقه أئمه المذهب. . ثم قال: وقال القاضي: يبذل الشفيع مائة منه ولا نظر إلى المعيار الشرعي فإنه على القطع يأخذ الشقص بعوض، وعوضه ما يبذله وهو في التحقيق بمثابة المشتري من المشتري، ولكن أثبت الشرع هذا قهراً. . . بتصرف. . .، وانظر: فتح العزيز للرافعي (١١/ ٤٤٨)، روضة الطالبين للنووي (٤/ ١٧١).

(١) الصبرة: ما جُمع من الطعام بلا كيل ولا وزن بعضه فوق بعض، قال الجوهري: واحدة صبر وهي الطعام، واشترى الشيء صبرة؛ أي: بلا وزن ولا كيل. انظر: النهاية في غريب الأثر (٣/ ٩)، لسان العرب (٤/ ٤٤١)، مختار الصحاح (١/ ١٤٩).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٨٦)، الهداية لأبي الخطاب (٣٢١)، المستوعب للسامري (٢/ ٩٠)، المبدع لابن مفلح (٥/ ٢٢٥)، فتح الملك العزيز لابن البهاء (٤/ ٢٦٧).

(٣) قال النووي في روضة الطالبين (٤/ ١٧٥): «اشترى بكف من الدراهم لا يعلم زنتها، أو صبرة حنطة لا يعلم كيلها، فيوزن ويكال ليأخذ الشفيع بذلك، فإن كان ذلك غائباً فتبرع البائع بإحضاره أو أخبره عنه، واعتمد قوله فذاك وإلا فليس للشفيع أن يكلفه الاحضار، ولا الإخبار عنه»، وانظر: فتح العزيز للرافعي (١١/ ٤٥٩).

(٤) المجهول: ما علم حصوله وجهلت صفته، كبيعه ما في كمه فهو يحصل قطعاً لكن لا يدري أي شيء هو.
انظر: الفروق مع هوامشه (٣/ ٤٣٢).

الثالث: الصفة، فيجب في الصحاح صحاح وفي المكسرة مكسرٌ، وفي السود سود، وفي البيض بيض وفي نقد [٢١٦/أ] البلد مثله، وكذا الحُلول من غير خلاف علمته فيه(١)، وقد حكى ابن رشد في قواعده الوفاق عليه.

وأما التأجيل، فكذلك يأخذ بمثل الأجل في ذمته إن كان مليئاً، وإلا أقام كفيلاً مليئاً وأخذ، هذا ما أورد المصنف(٢)، وأبو الخطاب(٣)، ومن تبعه، والقاضي في المجرد(٤)، وابن عقيل، وصاحب المحرر(٥)، وغيرهم(٦) ونص عليه، فروى بكر [. . . . .](٧)بن محمد(٨) عن أبيه عن أبي عبد الله: وسأله الرجل يشتري شقصاً بنسيئة إلى أجل، فأراد الشريك أن يأخذ الشفعة، وقلت إن مالكاً(٩) قال: إن كان مليئاً فله الشفعة؛

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٨٢)، المبدع لابن مفلح (٥/ ٢٢٥)، الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٨٦).

(٢) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٨٢): «وإن كان الثمن مؤجلاً، أخذه الشفيع، بذلك الأجل إن كان مليئاً، وإلا اقام ضميناً مليئاً وأخذ».

(٣) قال أبو الخطاب في الهداية (٣٢١): «وإن كان الثمن مؤجلاً، أخذه بذلك الأجل، إن كان مليئاً، وإلا أقام ضامناً مليئاً وأخذه، نص عليه».

(٤) قال السامري في المستوعب (٢/ ١٠١): «وينتقل الملك إلى الشفيع بالمطالبة إذا كان مليئاً بالثمن على ظاهر كلام القاضي».

(٥) قال مجد الدين في المحرر (١/ ٣٦٦): «فإن كان الثمن مؤجلاً أخذ به إلى أجله إن كان مليئاً، أو كفله مليئ، وإلا فلا شفعة له».

(٦) انظر: رؤوس المسائل في الخلاف للهاشمي (٢/ م١٢١٣٢)، الإقناع للحجاوي (٢/ ٦٢٥).

(٧) في المخطوط تكرر اسم: [بكر]، والأصوب ما أثبت.

(٨) هو: بكر بن محمد النسائي الأصل، أبو أحمد البغدادي المنشأ. كان أبو عبد الله يقدمه ويكرمه. وعنده مسائل كثيرة سمعها من أبي عبد الله
انظر: طبقات الحنابلة (١/ ١١٩، ١٢٠)، المقصد الأرشد (١/ ٢٨٩).

(٩) قال ابن رشد في بداية المجتهد (١٤٠٨): «واختلفوا إذا كان البيع إلى أجل هل يأخذه الشفيع بالثمن إلى ذلك الأجل، أو يأخذ المبيع بالثمن حالاً، أو مخير؟ فقال مالك: يأخذه بذلك الأجل إذا كان مليئاً، أو يأتي بضامن مليئ»، وانظر: كتاب =

يعني: إلى الأجل، وإن لم يكن جاءهم بمثل الذي اشترى منه؟

قال: ما أحسن ما قال، وأعجبه.

وهذا الذي حكاه عن مالك هو نصه في الموطأ[١].

وشرط القاضي في الجامع الصغير[٢] وغيره وولده أبو الحسين[٣]، والقاضي يعقوب، وأبو الحسن بن بكروس. وصف [....][٤] الثقة مع الملاءة، فلا يستحق بدونهما، وليس ببعيد من النص، فإنه وافق مالكاً فيما ذهب إليه، ومالك قال في الموطأ: إذا جاءهم بمليء ثقة بمثل الذي اشترى منه فذلك له، **ووجهه**: أن في تخلف أحد الوصفين إضراراً بالمشتري، فإنه لا يأمن تعذر الثمن أو تأخره.

ونقل إسحاق بن منصور عن أحمد في مسائله: رجل باع شفعة لرجل من آخر إلى أجل، فجاء الشفيع فقال: أنا آخذها إلى أجلها، قال الثوري[٥]: لا يأخذها إلا بالنقد.

= الآجال لمحمد بن عمر (ل/ ١٥٥)، حاشية الخرشي (٧/ ٧٤)، بلغة السالك للصاوي (٣/ ٤٠٤).

(١) قال الإمام مالك في الموطأ (٢/ ٧٦٥): «قال مالك في رجل اشترى شقصاً في أرض مشتركة بثمن إلى أجل، فأراد الشريك أن يأخذها بالشفعة، قال مالك: إن كان ملياً فله الشفعة بذلك الثمن إلى ذلك الأجل، وإن كان مخوفاً أن ألا يؤدي الثمن إلى ذلك الأجل، فإذا جاءهم بحميل مليء ثقة، مثل الذي اشترى منه الشقص في الأرض المشتركة فذلك له».

(٢) قال القاضي في الجامع الصغير (١٨٨): «وإذا اشترى شقصاً بثمن مؤجل، فإن الشفيع يأخذ الشقص إلى ذلك الأجل إذا كان الشفيع ثقة ملياً، وإلا أتى بثقة مليء وأخذ الشقص».

(٣) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٨٥): «لكن شرط القاضي في «الجامع الصغير» وغيره وولده أبو الحسين، والقاضي يعقوب، وأبو الحسن بن بكروس. وصف الثقة مع الملاءة، فلا يستحق بدونهما».

(٤) تكررت كلمة (وصف) في المخطوط.

(٥) قال ابن المنذر في الإشراف (١/ ٥٥): «وقال الثوري: لا يأخذها إلا بالنقد».

(وأما)[١] من يقول[٢] تقر في يد الذي ابتاعها، فإذا بلغ الأجل أخذها؟. قال أحمد: إذا كان هذا في الثقة مثل ذاك، فله إلى ذلك الأجل.

وهذه الرواية تفيد كون التساوي في الثقة شرطاً للأخذ بمثل الأجل، وجدت الملاءة أم لا، (وإلا)[٣] أخذ بالنقد حالاً، وبها قال إسحاق[٤]؛ لأن التأجيل وصف في الثمن كما سنذكره، والتماثل في الصفة واجب، لكن خولف حالة التفاوت لموضع الإضرار بالمشتري، حيث لا يأمن تعذر الثمن أو تأخره.

وقال أبو حنيفة[٥] وصاحباه، والشافعي[٦] في الأصح، هو بالخيار إن شاء أخذ بالثمن حالاً، وإن شاء انتظر حلول الأجل، فإذا حل أخذ،

---

(١) ورد في المخطوط: [وما]، والأصوب ما أثبت، لصحة المعنى.

(٢) قال ابن رشد في بداية المجتهد (١٤٠٩): «ومنَّا من يقول: تبقى في يد الذي باعها، فإن بلغ الأجل أخذها الشفيع».

(٣) ورد في المخطوط: [وإن لا]، والأصوب ما أثبت.

(٤) قال ابن المنذر في الإشراف (١/ ٥٥): «وبه قال إسحاق وأحمد، إذا كان في الثقة مثله، فله إلى ذلك الأجل».

(٥) قال المرغيناني في الهداية (٨/ ٣١٩): «وإذا باع بثمن مؤجل فللشفيع الخياران إن شاء أخذها. بثمن حال وإن شاء صبر حتى ينقضي الأجل ثم يأخذها، وليس له أن يأخذها في الحال بثمن مؤجل»، وانظر: المبسوط للسرخسي (١٣/ ١٠٣)، بدائع الصنائع للكاساني (٤/ ١٣٢)، تبيين الحقائق للزيلعي (٦/ ٣٦٩)، العناية للبابرتي (٨/ ٣١٩)، وقاية الرواية للمحبوبي ـ مخطوط ـ (لـ/ ١٦٨).

(٦) قال الرافعي في فتح العزيز (١١/ ٤٥٠): «إذا كان الثمن حالاً بذله الشفيع في الحال، فأما إذا كان باع بألف إلى سنة مثلاً ففيه ثلاثة أقوال: أصحها: وبه قال أبو حنيفة: أن الشفيع بالخيار بين أن يعجل الألف ويأخذ الشقص في الحال وبين أن يصبر إلى أن يحل الأجل فحينئذ يبذل الألف ويأخذ الشقص، وليس له أن يأخذ بألف مؤجل؛ لأن الذمم لا تتماثل فقد لا يرضى المشتري بذمة الشفيع، وإن رضي البائع بذمة المشتري، ولا يمكن إلزامه الأخذ بألف حال لما فيه من الإجحاف»، وانظر: البيان للعمراني (٧/ ١٢٤)، المحرر للعمراني (٧٢٠)، روضة الطالبين للنووي (٤/ ١٧١، ١٧٢)، المتوسط والفتح بين الروضة والشرح للأذرعي ـ مخطوط ـ (ل/ ١١).

وليس له الأخذ بمثل الأجل؛ لأن الذمم[١] قد لا تتماثل فربما رضي البائع بذمة المشتري، ولا يرضى المشتري بذمة الشفيع، ولا يمكن الإلزام بمثله حالاً؛ لأنه إذاً أكثر من الثمن.

وهؤلاء منعوا كون التأجيل صفة للثمن؛ لأن الثمن حق [٢١٦/ب] للبائع والأجل حق عليه للمشتري فكيف يكون صفة للثمن؟ وعلى هذا إن شاء الانتظار فهل يجب الطلب في الحال حتى إن لم يطلب لم يكن له الأخذ عند الحُلول؟.

فيه للشافعية[٢] وجهان: **أحدهما**: نعم، وهو قول[٣] أبي حنيفة ومحمد بن الحسن؛ تقريراً للحق.

والثاني: لا يجب: وبه قال أبو يوسف[٤]؛ لأن الطلب لا يُراد لعينه،

---

(١) المراد بالذمة: العهد، وسمي العهد ذمة؛ لأن نقضه يُوجب الذم.
انظر: النهاية لابن الاثير (٢/ ١٦٨)، أنيس الفقهاء للقونوي ص(١٨٢).
والذمة في اصطلاح الفقهاء: وصف يصير الشخص به أهلاً للإيجاب والاستيجاب بناء على العهد الماضي الذي جرى بين العبد والرب يوم الميثاق.
انظر: كشف الأسرار للبزدوي (٨/ ٢٨٥).

(٢) قال الرافعي في شرح الوجيز (١١/ ٤٥٠): «ولكن هل يجب تنبيه المشتري على الطلب: فيه وجهان: (أحدهما): لا، إذ لا فائدة فيه. و(الثاني) نعم؛ لأنه ميسور، إن كان الآخذ معسراً»، وانظر: روضة الطالبين للنووي (٤/ ١٧٢).

(٣) قال السرخسي في المبسوط (١٣/ ١٠٣): «وإذا اختار الانتظار فعليه أن يطلب الشفعة في الحال، حتى إذا لم يطلب لم يكن له أن يأخذها بعد حلول الأجل في قول أبي حنيفة ومحمد. وذكر ابن أبي مالك أن أبا يوسف كان يقول هكذا أولاً، ثم رجع فقال: له أن يأخذها، وجه ظاهر الرواية: أن حقه في الشفعة قد ثبت بدليل أنه لو أخذه بثمن حال كان له ذلك والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه يبطل شفعته، ووجه قول أبي يوسف الآخر، أن الطلب غير مقصود لعينه، بل للآخذ وهو في الحال لا يتمكن من الأخذ على الوجه الذي يطلبه؛ لأنه إنما يريد الأخذ بعد حلول الأجل أو بثمن مؤجل في الحال، ولا يتمكن من ذلك فلا فائدة في طلبه في الحال، وسكوته؛ لأنه لم ير فيه فائدة لا لإعراضه عن الأخذ»، وانظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٣٢).

(٤) انظر: المرجع السابق.

بل للأخذ، والأخذ ههنا مفقود؛ فالطلب غير مقصود، فلا فائدة فيه.

وعن الشافعي[١] من رواية حرملة[٢]، وربما نسب إلى القديم: الأخذ بالأجل.

فمن أصحابه[٣] من خصه بما إذا كان مليئاً موثوقاً به، وأعطى كفيلاً مليئاً كما أوردنا أولاً.

ومنهم من جعله على الإطلاق وهو قول الحسن، وزفر[٤]، والظاهرية[٥]، أو بعضهم؛ لأنه صفة للثمن فوجب الأخذ بها كسائر الصفات، وإنما قلنا ذلك؛ [لأنه][٦] يقال ثمن حال، وثمن مؤجل، ويقابله قسط من الثمن.

---

(١) قال النووي في روضة الطالبين (٤/ ١٧٢): «وإن قلنا بالقول الثاني ـ له الأخذ بألف مؤجل ـ ففي موضعه وجهان: **أحدهما**: أنه إنما يأخذ بثمن مؤجل إذا كان مليئاً موثوقاً به وأعطى كفيلاً مليئاً، وإلا فلا يأخذ، **والثاني**: له الأخذ مطلقاً».
وقال الرافعي في شرح الوجيز (١١/ ٤٥٠): «والثاني ـ يقصد: أنه يأخذ بثمن مؤجل عليه كما أخذه المشتري ـ نسبه الإمام وصاحب الكتاب إلى رواية حرملة، وسكت الأكثرون عن ذلك، ورووه في القديم».
وانظر: البيان للعمراني (٧/ ١٢٣)، المتوسط والفتح بين الروضة والشرح للأذرعي ـ مخطوط ـ (اللوح رقم ١١).

(٢) هو: حرملة بن يحيى الحافظ العلامة أبو حفص مولاهم المصري الفقيه، صاحب الإمام الشافعي ومن أكثر أصحابه خلافاً إليه وإقتباساً منه، كان حافظاً للحديث، وثقه ابن العقيلي وذكره ابن حبان في الثقات. مات سنة (٢٤٣هـ)، وقيل: سنة (٢٤٤هـ).
انظر: وفيات الأعيان (٢/ ٦٤)، تذكرة الحفاظ (٢/ ٤٨٦)، الكاشف (١/ ٣١٧)، تهذيب التهذيب (٢/ ٢٠١ ـ ٢٠٣).

(٣) انظر: المرجع السابق.

(٤) قال السرخسي في المبسوط (١٣/ ١٠٣): «وقال زفر والشافعي له ذلك؛ لأن الأجل صفة الدين، يقال: دين مؤجل ودين حال، وللشفيع حق الأخذ بالثمن الذي يملك به المشتري بصفته».

(٥) قال ابن حزم في المحلى (٩/ ٩٥): «ومن باع شقصه بثمن أجل فالشفيع أحق به بذلك الثمن إلى ذلك الأجل».

(٦) ورد في المخطوط: [أنه]، والأصوب ما أثبت؛ لصحة المعنى.

وعنه ـ أعني: الشافعي[١] ـ قول ثالث: يأخذ بعرض يساوي الثمن إلى أجله كيلا يتأخر الأخذ ولا يتضرر الشفيع ولا المشتري.

وقال الثوري: لا يأخذ إلا بالنقد كما ذكرنا عنه من حكاية إسحاق بن منصور، قال: لأنه دخل في ضمان المشتري.

وأيضاً؛ فالأجل مدة ملحقة بالعقد شرطاً، فلم تثبت في جانب الشفيع كالخيار.

ووجه الأول، ما ذكرنا من كونه وصفاً في الثمن، وأنه كسائر الأوصاف، وإنما اعتبرت الملاءة أو الكفالة معها لئلا يؤدي عدمها إلى تضرر المشتري بتعذر الثمن أو تأخره.

وإذا ثبت هذا فإطلاق قوله: «إن كان مؤجلاً أخذه بالأجل إن كان مليئاً، يفيد ما لو لم يتفق طلب الشفيع إلا عند حلول الأجل أو بعده، إن ثبت له استئناف الأجل».

ومن المالكية[٢] من قال: يأخذ بالحلول، اعتبارا بمصادقته إياه، فهو كوقوع البيع به.

لنا[٣]: أن في الأخذ به مخالفة لما وقع العقد عليه، وزيادة على

---

(١) قال الرافعي في فتح العزيز (١١/ ٤٥٠): «والثالث: أنه يأخذ بعرض يساوي الألف إلى سنة كيلا يتأخر ولا يتضرر الشفيع ولا المشتري»، وانظر: البيان للعمراني (٧/ ١٢٣)، روضة الطالبين للنووي (٤/ ١٧٢)، المتوسط والفتح بين الروضة والشرح ـ مخطوط ـ (ل/ ١١).

(٢) قال محمد بن عمر في كتاب الآجال ـ مخطوط ـ (ل/ ١٥٥): «وإن عجل الشفيع الثمن فللمبتاع قبضه، ثم ليس عليه أن يعجله على البائع، وليس للبائع أن يمنعه من قبض الدار»، وانظر: الذخيرة للقرافي (٧/ ٣٤٢)، حاشية الخرشي (٧/ ٧٤).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٨٢)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٨٤، ٤٨٥)، الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٨٥)، فتح الملك العزيز لابن البهاء (٤/ ٢٦٧)، الإقناع للحجاوي (٢/ ٦٢٥).

قدر الثمن، فلا يجب كما لو لم يصادقه؛ ولأنه لو كان كذلك لوجب أن يأخذ في أثناء الأجل بما بقي، لا بمثل الأجل اعتباراً للمصادقة، والأمر بخلافه؛ ولأن الأجل إنَّما يعتبر من بعد الملك، والمشتري ملك سنة يستغل وينتفع، ثم أدى بعد، فكذلك الشفيع يجب له أن يستغل وينتفع سنة، ثم يؤدي بعد.

فصل

أخذ الشفيع بالأجل [٢١٧/أ] ثم مات هو أو المشتري، وقلنا: يحل الدين بالموت(١)، حل الثمن عليه؛ لوجود السبب. [ولو لم](٢) يحل على الحي منهما، ذكره المصنف(٣) وغيره(٤)؛ لانتفاء السبب في حقه فهو كضامن الدين المؤجل إذا مات الأصيل(٥).

---

(١) مسألة حلول الدين بالموت: اختلفت آراء الفقهاء حول حلول الدين المؤجل بموت المدين وهم فيها على مذهبين:
المذهب الأول: يحل الدين المؤجل بالموت، وهذا مذهب الحنفية والمالكية والشافعية. انظر: الدر المختار (٦/ ٧٥٧)، حاشية ابن عابدين (٥/ ١٥٧)، المعونة (٢/ ١٦٨)، حاشية الدسوقي (٣/ ٢٦٤)، المهذب (١/ ٣٢٢)، روضة الطالبين (٤/ ١٢٨).
المذهب الثاني: لا يحل الدين المؤجل بالموت، وهذه رواية ظاهرة للإمام أحمد، قال البهوتي: «وإن مات المضمون عنه أو الضامن لم يحل الدين، أن التأجيل حق من حقوق الميت فلم يبطل بموته كسائر حقوقه»، ثم ذكر أن حمل ذلك إن وثق الورثة برهن يحرز أمر كفيل مليء، وإلا بأن لم يوثق الورثة حل الدين. انظر: كشاف القناع (٣/ ٣٧٤)، وانظر: المحرر في الفقه (١/ ٣٤٦)، الإنصاف (٥/ ١٨٧).

(٢) في المخطوط: (لو)، وما أثبت في النص مناسب للسياق.

(٣) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٨٢): «ومتى أخذه الشفيع بالأجل، فمات الشفيع، أو المشتري، وقلنا: يحل الدين بالموت، حلَّ الدين على الميت منهما دون صاحبه؛ لأن سبب حلوله الموت، فاختص بمن وجد في حقه».

(٤) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٨٥)، المبدع لابن مفلح (٥/ ٢٢٥)، فتح الملك العزيز لابن البهاء (٤/ ٢٦٧)، مختصر الإنصاف والشرح الكبير (١/ ٥٤٤).

(٥) قال المرداوي في الإنصاف (٥/ ١٨٧): «قوله: «وإن مات المضمون عنه أو الضامن =

فرع

كان للمشتري على البائع دين إلى أجل، فاشترى به أو ببعضه منه شقصاً، أو اشتراه بدين مؤجل له في ذمة آخر، فكما لو اشترى بثمن في ذمته نقد[1].

الثاني من قسمي الثمن: المتقوم كالعبد والعقار ونحوهما، فالواجب اعتباره بالقيمة، وبه يقول الأكثرون، منهم: الأئمة الثلاثة[2]، وابن أبي ليلى.

[........][3] ومن الناس من قال: بوجوب مثل العبد والعقار

= فهل يحل الدين؟ على روايتين» **أحداهما**: لا يحل، وهو المذهب، وجزم به في الهداية، والمذهب، والخلاصة، والوجيز، والحاويين وقدمه في المستوعب والرعايتين، **والثانية**: يحل»، وانظر: نيل الأوطار للشوكاني (٥/ ٢٨٢ ـ ٢٨٤).

(١) قال في المبدع (٤/ ١١٥): «ولو وقع الثمن بثمن في الذمة أجبر البائع على التسليم، نص عليه وأنه لا يملك حبس المبيع على قبض ثمنه حالاً أو مؤجلاً»، وانظر: القواعد لابن رجب (١/ ٧٦)، الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٩٠).

(٢) انظر: في المذهب الحنفي: قال السرخسي في المبسوط (١٣/ ١٢٨): «وإذا كان الثمن مما له مثل من جنسه يأخذه بمثله صورة، وإن كان مما ليس له مثل من جنسه يأخذه بمثله في صفة المالية، وهو القيمة»، وانظر: بدائع الصنائع للكاساني (٤/ ١٠٩)، الهداية للمرغيناني (٨/ ٣١٨).

وفي المذهب المالكي: قال الخرشي في حاشيته (٧/ ٧١، ٧٢): «إن الشفيع لا يأخذ الشقص إلا بعد أن يدفع لمشتريه مثل ما دفع منه من الثمن لبائعه إن كان مثلياً ووجد، وإلا فقيمته»، وانظر: الذخيرة للقرافي (٧/ ٣٢٣).

وفي المذهب الشافعي: قال العمراني في البيان (٧/ ١٢٦): «وإن اشتراه بما لا مثل له بأن اشتراه بعبد أو ثوب، أو ما أشبهه، فإن الشفيع يأخذ الشقص بقيمة العرض الذي اشتراه به، وبه قال عامة أهل العلم»، وانظر: الحاوي للماوردي (٧/ ٢٣٦)، فتح العزيز للرافعي (١١/ ٤٤٨).

وفي المذهب الحنبلي: قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٨٠): «وإن كان مما لا مثل له؛ كالثياب والحيوان فإن الشفيع يستحق الشقص بقيمة الثمن»، وانظر: الهداية لأبي الطاب (٣٢١)، العمدة لابن قدامة (٢٧٤)، شرح الزركشي (٤/ ٢٠١).

(٣) عبارة مكررة وردت في المخطوط وهي: (ومن الناس من قال بوجوب مثل العبد =

اعتباراً للماثلة الصورية[١] حسب الإمكان[٢].

وعن الحسن وسوار العنبري[٣] انتفاء الشفعة؛ اعتباراً لتعذر الأخذ بالمثل فهو كالمجهول.

وتوجيه الأول: أن المماثلة الصورية متعذرة، فوجب الانتقال إلى المماثلة المعنوية وهي القيمة؛ فإنها أضبط لقدر المالية، وهو المقصود[٤].

وإذا ثبت هذا، فاعتبار القيمة بيوم البيع، وهو قول الأئمة الثلاثة[٥]؛ لأنه يوم استحقاق الشفعة، لكن إن كان خيار فيوم استقرار

= والعقار ونحوهما، فالواجب اعتباره بالقيمة. وبه يقول الأكثرون، منهم الأئمة الثلاثة وابن أبي ليلى).

(١) المقصود بالصورة: أن يكون على هيئته التي تختلف بها القيمة، ومن لازم اعتبار المثلي الصوري اعتبار ما فيه من المعاني التي تزيد بها القيمة. وهو ينقسم إلى قسمين، حسي ومعنوي. انظر: المنثور (٢/ ٢٣٦)، حاشية الرملي (٢/ ١٤٤)، نهاية المحتاج (٤/ ٢٢٨).

(٢) قال ابن حزم في المحلى (٩/ ٩٨): «ويلزمه مثل ذلك العقار، أو مثل ذلك العرض متى قدر عليه؛ لأن البيع لم يقع إلا بذلك العرض، أو ذلك العقار، وليس للشريك أخذ الشقص إلا بما رضي به البائع سواء عرضه عليه قبل البيع أو أخذه بعد البيع، هذا ما لا خلاف فيه من أحد، فلا يجوز إجبار البائع على أخذ غير ما طابت به نفسه، فإن لم يقدر عليه فقد تعين له مثله عرض أو عقار عجز عنه، وقال تعالى: ﴿وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ﴾ فله الاقتصاص بالقيمة التي هي مثل حرمة المال الذي له عنده».

(٣) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٨٠): «وحكي عن الحسن وسوار، أن الشفعة لا تجب ها هنا؛ لأنها تجب بمثل الثمن، وهذا لا مثل له، فتعذر الأخذ، فلم يجب، كما لو جهل الثمن»، وانظر: البيان للعمراني (٧/ ١٢٦).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٨٠)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٨٦).

(٥) انظر:

في المذهب الحنفي: قال البابرتي في العناية (٨/ ٣١٩): «ويعتبر قيمة العرض وقت الشراء لا وقت الأخذ بالقيمة»، وانظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٠٩).

وفي المذهب المالكي: قال الخرشي في حاشيته (٧/ ٧٢): «إن الشفيع يأخذ بقيمة الثمن الغير الدين إن كان مقوماً يوم الصفقة لا يوم القيام في ذلك»، وانظر: الذخيرة =

العقد، لا يوم العقد؛ لأن استحقاق الشفعة إنما ثبت حينئذ، فلا اعتبار بما قبل، ثم ما حصل بعد من زيادة أو نقص فلا التفات إليه؛ لأنه لا لحاق له بالعقد، فلا اعتبار به[١].

فصل

ذميان[٢] تبايعا بخمر[٣]: إن قلنا: ليست مالاً لهما، فلا شفعة

= للقرافي (٧/ ٣٢٣)، حاشية العدوي (٧/ ٧٢)، بلغة السالك للصاوي (٣/ ٤٠٣).
أما عند الشافعية فالمسألة فيها قولان، وقد أخذ الحارثي رحمه الله بأصحهما عندهم، قال العمراني في البيان (٧/ ١٢٦، ١٢٧): «إذا ثبت هذا: فأي وقت تعتبر فيه قيمة العرض؟ فيه وجهان:
أحدهما: وهو قول أكثر أصحابنا: أنها تعتبر وقت البيع؛ لأنه وقت الاستحقاق، ولا اعتبار بما حدث بعد ذلك من زيادة أو نقصان.
والثاني: وهو قول أبي العباس، ولم يذكر في الفروع غيره: أنها تعتبر حين استقرار العقد، وهو عند انقضاء الخيار، كما يعتبر قدر الثمن في تلك الحال»، وانظر: المحرر للرافعي (٧١٩،٧٢٠)، روضة الطالبين للنووي (٤/ ١٧١).
وفي المذهب الحنبلي: قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٨١): «وإن كان الثمن مما تجب قيمته، فإنها تعتبر وقت البيع؛ لأنه وقت الاستحقاق ولا اعتبار بعد ذلك بالزيادة أو النقص».

(١) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٨٠): «ويستحق الشفيع الشقص بالثمن الذي استقر عليه العقد، فلو تبايعا بقدر، ثم غيراه في زمن الخيار بزيادة أو نقص، ثبت ذلك التغيير في حق الشفيع؛ لأنه حق الشفيع إنما ثبت إذا تم العقد»، وانظر: الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٨٧)، الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٨٦)، فتح الملك العزيز لابن البهاء (٤/ ٢٦٦).

(٢) والذمي: من أوصى على ماله ودمه من الكفار بالجزية.
والمراد بالذمة: العهد، وسمي العهد ذمة؛ لأن نقضه يوجب الذم. انظر: النهاية لابن الأثير (٢/ ١٦٨)، المغرب للطرازي (١/ ١٧٦)، أنيس الفقهاء للقونوي (١٨٢).

(٣) الخمر: كل مسكر، وقيده بعضهم بما اتخذ من العنب، وسميت بذلك؛ لأنها تُركت فاختمرت واختمارها تغير ريحها وقيلك سميت بذلك لمخامرتها العقل. انظر: مختار الصحاح (١/ ٧٩)، القاموس المحيط (١/ ٤٩٥)، التعاريف (١/ ٢٢٠١).

بحال؛ لانتفاء صحة البيع، وهذا اختيار القاضي[(١)]، وابن عقيل[(٢)]، والمصنف[(٣)]، وغيرهم، وقول الشافعي[(٤)].

وإن قلنا: مال لهم[(٥)]، فأطلق أبو الخطاب[(٦)] وجوب الشفعة، وكذا القاضي[(٧)] وغيره. قال في «الجامع الصغير»: إذا اشترى الذمي من ذمي داراً بخمر، ولها شفيع مسلم، هل له شفعة؟ فذلك مبني على بطلان الشراء في حقهم، وفيه روايتان. انتهى.

ثم قال السامري[(٨)] وصاحب «التلخيص»[(٩)]: يأخذ بقيمة الخمر،

---

(١) قال القاضي أبو يعلى في رؤوس المسائل ـ مخطوط ـ (لـ ١٠٦/ب): «إذا تبايع الذميان بخمر فلا شفعة لمسلم».

(٢) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٨٧): «لو تبايع ذميان بخمر، إن قلنا ليست مالاً لهم، فلا شفعة بحال، اختاره القاضي، وابن عقيل، والمصنف، وغيرهم».

(٣) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٥٢٥): «ولنا: أنه بيع عقد بخمر، فلم تثبت فيه الشفعة، كما لو كان بين مسلم، ولأنه عقد بثمن محرم، أشبه البيع بالخنزير والميتة، ولا نسلِّم أن الخمر مال لهم فإن الله حرمه، كما حرَّم الخنزير».

(٤) قال الغزالي في الوسيط (٤/ ٧٦): «إذا اشترى ذمي شقصاً مشفوعاً من ذمي بخمر، وفيه لمسلم، أو ذمي شركة، فلا يحكم بالشفعة؛ لأن الشراء الفاسد لا يفيد الملك؛ فملكه قائم»، البيان للعمراني (٧/ ١١٢)، فتح العزيز للرافعي (١١/ ٤٠٠).

(٥) قال الزرعي في أحكام أهل الذمة (١/ ٣٥٧): «إن المسلمين كانوا يأخذون من أهل الذمة الخمر والخنازير من جزيتهم وخراج أراضيهم بقيمتها، ثم يتولى المسلمون بيعها فأنكره عمر، ثم رخص لهم أن يأخذوا من أثمانها إذا كان أهل الذمة هم المتولين بيعها؛ لأن الخمر والخنازير مال من أموال أهل الذمة ولا تكون مالاً للمسلمين».

(٦) قال أبو الخطاب في الهداية (٣٢١): «فإن باع ذمي ذمياً شقصاً بخمر، فإن قلنا هي مال لهم، وجبت الشفعة، وإن قلنا ليست بمال، فلا شفعة».

(٧) قال القاضي أبو يعلى في الجامع الصغير (١٨٨): «إذا اشترى ذمي من ذمي داراً بخمر ولها شفيع مسلم فهل له شفعة؟ فذلك مبني على بطلان الشراء في حقهم وفيه روايتان».

(٨) قال السامري في المستوعب (٢/ ٩٠): «فإن باع ذمي ذمياً شقصاً بخمر، فإن قلنا هي مال لهم، وجبت الشفعة، ويأخذ الشقص بقيمة الخمر، كما لو أتلف على ذمي خمراً، فإنه يضمن قيمتها، على هذه الرواية».

(٩) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٨٧): «ثم قال في المستوعب والتلخيص: يأخذ بقيمة الخمر، كما لو أتلف على ذمي خمراً».

كما لو أتلف على ذمي خمراً، فإنه يضمنها [بقيمتها][(١)] على رواية، وبه قال

أبو حنيفة[(٢)] ومحمد بن عبد الحكم[(٣)]
ويحيى بن عمر[(٤)] وغيرهما من المالكية.

---

(١) قال عبد الله بن أحمد بن حنبل: «سألت أبي عن رجل يهودي ادعى على مسلم أنه أهرق خمرة فقال: ليس للخمر ثمن نهى رسول الله ﷺ عن ثمن الخمر، قلت لأبي: فإن ادعى أنه شربها؟ قال: لا أقضي عليه فيها بشيء ولو أقام البينة لم أقض على المسلم بشيء وإن أهرقها لم أقض عليه فيها بشيء ليس لهم أن يظهروا الخمر، ولكن يمنع المسلمون من أذاهم أو يفسدوا لهم شيئاً من غير ما حرَّم الله ضمنوا للمسلمين قيمته على الذي أتلف، كأن كسر إناء فيه خمر ضمن الإناء ولم يضمن الخمر».
انظر: مسائل الإمام أحمد بن حنبل رواية ابنه عبد الله (١/ ٣١٧). مسألة رقم (١١٧٦).

(٢) قال الكاساني في بدائع الصنائع (٤/ ١١٥): «ثم إذا وجبت الشفعة، فإن كان الشفيع ذمياً أخذ الدار بمثل الخمر، وبقيمة الخنزير؛ لأن الخمر عندهم من ذوات الأمثال كالخل، والخنزير ليس من ذوات الأمثال، بل من ذوات القيم كالشاة وإن كان مسلماً أخذه بقيمة الخمر والخنزير؛ لأن الأخذ تملك، والمسلم ليس من أهل تملك الخمر والخنزير»، وانظر: المبسوط للسرخسي (١٣/ ١٤٨، ١٤٩)، الهداية للمرغيناني (/ ٢٩٨).

(٣) قال القرافي في الذخيرة (٧/ ٢٦٣): «فإن باع بخمر أو خنزير فقيمة الشقص عند أشهب لتعذر رد الثمن، ولا قيمة للخمر، وبقيمة الخمر عند ابن الحكم، وهو أشبه بمذهب ابن القاسم».
ومحمد ابن الحكم هو: أبو عبد الله، محمد بن عبد الله بن الحكم، كان من العلماء الفقهاء، سمع من أبيه، وابن القاسم، وابن وهب، له تآليف كثيرة منها: «أحكام القرآن»، «الوثائق والشروط»، «آداب القضاء»، توفي سنة (٢٦٨هـ).
انظر: الديباج (٢/ ٢٦٣)، شذرات الذهب (٢/ ١٥٤).

(٤) قال اللخمي في تبصرته ـ مخطوط ـ (لـ٢٤/ب): «واختلف إذا باع من نصراني بخمر بماذا يستشفع؟ قال أشهب بقيمة الشقص، وقال محمد ويحيى بن عمر بقيمة الخمر».
ويحيى بن عمر هو: يحيى بن عمر بن يوسف الكناني، أندلسي من أهل جيان، سكن القيروان، واستوطن سوسة، سمع من سحنون، وابن حبيب وغيرهم، كان فقيهاً حافظاً للرأي، ثقة ضابطاً لكتبه، توفي سنة (٢٨٩هـ).
انظر: المدارك (٤/ ٣٥٧)، الديباج (٢/ ٣٥٤).

ويحتمل [على][(١)] القول بالمالية [٢١٧/ب] لهم انتفاء شفعة المسلم؛ لأن الخمرة ليست مالاً بالنسبة إليه، فلا يمكن تقويمها في حقه، ويحتمل ثبوت شفعته، وإن لم نقل بتضمين قيمتها عند الإتلاف، كما هو الصحيح؛ لأن [ما][(٢)] يؤديه عوض الشقص لا عوض الخمرة، وتقويمها إنما كان لتقدير الثمن؛ لئلا يتجاوز ما قام به الشقص على المشتري، ولا محظور في ذلك، وهو الأقوى.

وعن أشهب[(٣)]: يأخذ بقيمة الشقص لتعذر اعتبار الثمن بمثل أو قيمة ـ على ما تقدم ـ فتعين اعتبار قيمة الشقص؛ لأن الغالب مساواة المثمن للثمن في القيمة.

وإن كان الشريك ذمياً، وقلنا بتضمينه[(٤)] القيمة عند الإتلاف، تُقوَّم، فلا تردد في الاستشفاع بقيمة الخمر، لإمكان تقويم الثمن في حقه.

وإن قلنا بعدم التضمين: فيحتمل انتفاء الشفعة، لانتفاء التقويم في حقه، ويحتمل ثبوتها وهو الصحيح؛ [........][(٥)] لما مر من أن المؤدى عوض الشقص لا عوض الخمرة.

وعند أبي حنيفة[(٦)]: يأخذ بمثل الخمر؛ لأنه مثلي مما هو مال لهم.

---

(١) ورد في المخطوط: (القول على بالمالية)، فهنا تقديم وتأخير، وضُبط المتن لسلامة المعنى.

(٢) ورد في المخطوط: (لما)، والأصوب ما أثبت لمناسبته سياق الجملة.

(٣) قال القرافي في الذخيرة (٧/ ٢٦٣): «فإن باع بخمر أو خنزير، فبقيمة الشقص عند أشهب، لتعذر الثمن، ولا قيمة للخنزير».

(٤) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ١١٦): «وحكى لنا قول: يضمنها الذمي للذمي».

(٥) ورد في المخطوط: (لأن ما) وهي زائدة.

(٦) قال السرخسي في المبسوط (١٣/ ١٦٨): «لأن الخمر مال متقوم في حقهم، فالبيع بها صحيح بينهم، ثم الشفيع يأخذ بمثل ما يملك به المشتري صورة، ومعنى: فيما له مثل»، وانظر: بدائع الصنائع للكاساني (٤/ ١١٥).

لنا: تحريم الله تعالى بيع الخمر(١) فبجعله في مقابلة الشقص بيع له، أو في معنى البيع، وإنما نحكم عليهم بحكم الله تعالى، كما قال سبحانه: ﴿ٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩].

وقولنا: مال لهم: ليس نعني به إلا ترتب أحكام الملك فيما أمضوه من ذلك، أما أنا ننشئ لهم التعاقد بها أو عليها كالأموال المباحة فلا، وكذلك حيث يُقال بضمان القيمة لهم على التخريج الضعيف(٢)، إنما هو ترتب حكم على أمر مضى، وهو إتلاف ما هو عندهم مال.

وإن تبايعوا بخنزير وأخذ الذمي، فلا اعتراض رواية واحدة(٣).

وإن لم يأخذ بعد، وترافعوا إلينا، فذكر الأصحاب(٤) منهم السامري(٥): أنا لا نحكم بالشفعة؛ لأنه ليس مالاً لهم.

وهذا تفرقة بين الخمر والخنزير في جريان الخلاف.

وقد قال أحمد من رواية إسحاق بن منصور: «إذا باع مجوسي خمراً أو خنزيراً أو ميتة، ثم أسلما، فله أخذ الثمن؛ لأنه قد وجب

---

(١) قال ابن قدامة في المغني (٦/ ٣٢٠): «ولا يجوز بيع الخمر ولا التوكيل في بيعه، ولا شراؤه، قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن بيع الخمر غير جائز».

(٢) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ١١٦): «وخرج أبو الخطاب وجهاً بضمان قيمتها، إذا قلنا أنها مال لهم، وأباه الأكثرون».

(٣) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٩٦): «وإن جرى التقابض بين المتبايعين دون الشفيع، وترافعوا إلينا، فلا شفعة له، على الصحيح من المذهب، كما لو تبايعا بخنزير، وعليه أكثر الأصحاب».
وانظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٥٢٥)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٥٢١)، الإقناع للماوردي (٢/ ٦٢٧).

(٤) قال ابن قدامة في الشرح الكبير (١٥/ ٥٠٨): «فإن تبايعوا بخمر أو خنزير وأخذ الشفيع بذلك لم ينقض ما فعلوه، وإن جرى التقابض بين المتبايعين دون الشفيع وترافعوا إلينا لم نحكم له بالشفعة»، وانظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٥٢٥)، الإقناع للحجاوي (٢/ ٦٢٧).

(٥) انظر: المستوعب للسامري (٢/ ٩٠).

له»(١) وهو نص في مالية الخنزير لهم فيطرد الخلاف، والأثر المستدل به في الخمر وارد في الخنزير ـ أيضاً ـ، فروى سويد بن غفلة(٢)، أن بلالاً قال لعمر رضي الله عنه: «إن عمالك يأخذون الخمر والخنازير في الخراج(٣)، فقال: «لا تأخذوها منهم، ولكن ولوهم ببيعها وخذوا [٢١٨/أ] أنتم [من](٤) الثمن»(٥).

فعلى هذا يحكم له بالأخذ بما يساوي قيمة الخنزير وهو مذهب أبي حنيفة(٦).

وإن تبايع المجوس(٧) بميتة، وترافعوا إلينا قبل الاستشفاع، فعلى

---

(١) نقلها عن إسحاق بن منصور القاضي أبو يعلى، وأبو الخطاب، وليس في الرواية ذكر الميتة، أما الخنزير فقال: لا يأخذ الثمن.
انظر: المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين لأبي يعلى (٢/ ٣٨٨) مسألة (٣٨)، الهداية لأبي الخطاب (١٩٥).

(٢) هو: سويد بن غفلة بن عوسجة الجعفي، أسلم في حياة النبي ﷺ ولم يره وكان مولده عام الفيل، وسكن الكوفة، كان موصوفاً بالزهد والتواضع. شهد صفين مع علي رضي الله عنه، ومات سنة (٨٠هـ)، وقيل غير ذلك. انظر: أسد الغابة (٢٠/ ٤٩٢ ـ ٢٩٣)، الإصابة (٣/ ٢٢٧ ـ ٢٧٠).

(٣) الخراج: ما قُرر على الأرض بدل الأجرة، انظر: المطلع (٢١٨).

(٤) وردت هكذا في كتاب الأموال لأبي عبيد.

(٥) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، تحقيق الأعظمي، كتاب أهل الكتاب، باب أخذ الجزية من الخمر (٦/ ٢٣) برقم (٩٨٨٦)، وفي كتاب أهل الكتابين باب تمام أخذ الجزية من الخمر وغيره (١٠/ ٣٦٩) برقم (١٩٣٩٦).
وقد سئل الإمام أحمد عن إسناده فقال: إسناده جيد. انظر: أحكام أهل الذمة لابن القيم (١/ ٦٣).

(٦) قال الزيلعي في تبيين الحقائق (٦/ ٣٧٠): «لو اشترى ذمي من ذمي عقاراً بخمر أو خنزير، فإن كان شفيعه ذمياً أخذه بمثل الخمر وقيمة الخنزير؛ لأن هذا البيع يقضي بصحته فيما بينهم»، وانظر: الهداية للمرغيناني (٨/ ٣٢١).

(٧) المجوس: المجوسية: نحلة، والمجوسي: منسوب إليها، والمجوس: جيل معروف جمع واحد هم مجوسي.
انظر: لسان العرب لابن منظور (٦/ ٢١٤، ٢١٥).

=

رواية ماليتها لهم، يحكم لهم بالأخذ بما يساوي قيمتها عندهم، ولم يقل أبو حنيفة[١] بالأخذ ههنا؛ لأنه لا يقول [بماليتها][٢] لهم كما هو المشهور عندنا.

• **المسألة الثانية: في الحطيطة من الثمن والزيادة فيه:**

وهذا أورده في البيوع، وأعاده لموضع استحقاق الأخذ بمثل الثمن، فإذا اتفق[٣] المتبايعان بعد صدور العقد على حط شيء منه، أو زيادة فيه، فإمَّا قبل لزوم[٤] العقد أو بعده: **الأول**: ما قبل اللزوم[٥]: إما

= والمجوس: هم القائلون بالأصلين: النور والظلمة، وأن العالم صدر عنهما، متفقون على أن النور خير من الظلمة، وأن الظلمة شريرة مذمومة، ويقولون بإسناد حوادث الخير إلى النور، وحوادث الشر إلى الظلمة، وأن كل ما في الكون من الشر من فعل إبليس لم يفعل الله منه شيئاً ولا عاقب عليه أحد.

انظر: الجواب الصحيح لابن تيمية (٢/ ١١١)، هداية الحيارى لمحمد بن أبي بكر (١/ ٧، ٨)، شرح العقيدة الطحاوية لأبي العز (١/ ٧٨).

(١) قال السرخسي في المبسوط (١٣/ ١٦٨): «وإن اشتراها بميتة أو دم، فلا شفعة فيها لأنها ليست بمال متقوم في حقهم، فالشراء بها يكون باطلاً وبالعقد الباطل لا تجب الشفعة».

(٢) في المخطوط: (بهاليتها)، والثابت في المتن هو المتفق مع السياق.

(٣) الوفاق والموافقة والتوافق الاتفاق والتظاهر، وقد وافقه موافقة ووفاقا واتفق معه وتوافقا. ووافقت فلاناً على أمر كذا؛ أي: اتفقنا عليه معاً. انظر: لسان العرب (١٠/ ٣٨٢).

(٤) العقد اللازم: يقصد منه العوض، وهو البيع وما في معناه. وهو نوعان: **أحدهما**: يثبت فيه الخياران: خيار المجلس، وخيار الشرط، وهو البيع فيما لا يشترط فيه القبض في المجلس، والصلح بمعنى البيع، والصلح بمعنى البيع، والهبة بعوض، والإجارة في الذمة.

والثاني: ما يشترط فيه القبض في المجلس كالصرف، والربا، والسلم، وبيع مال الربا بجنسه. انظر: المغني لابن قدامة (٦/ ٤٨، ٤٩).

(٥) قال ابن قدامة في المغني (٦/ ٤٨): «والعقود على أربعة أضرب، أحدهما، عقد لازم، يقصد منه العوض، وهو البيع، وما في معناه، وهو نوعان، أحدهما، يثبت فيه الخياران، خيار المجلس، وخيار الشرط، وهو البيع فيما لا يشترط فيه القبض في المجلس».

في زمن الخيار المشترط، أو مجلس العقد، وأيًّا ما كان فلاحِقٌ بالعقد؛ لأن مدة الخيار كحالة التعاقد، لتمكن كل منهما من غرضه حالتئذ.

وبه يقول الجماهير: منهم الأئمة الثلاثة(١)، فيأخذ الشفيع بما استقر الحال عليه من زيادة أو حطيطة؛ لأنه الثمن الثاني.

أما بعد اللزوم والاستقرار، فلا يلحق العقد، والزيادة إذاً هبة مجردة، والحطيطة إبراء مبتدءاً، لا يتعديان إلى الشفيع وهو المشهور من مذهب الشافعي(٢)؛ لأن ذلك غير متصل بالثمن؛ لوقوعه بعد انبرام العقد

---

(١) انظر:
في المذهب الحنفي: قال في الدر المختار (٦/ ٢٣٠): «وحط البعض يظهر في حق الشفيع فيأخذ بالباقي وكذا هبة البعض، إلا إذا كانت بعد القبض»، وانظر: حاشية ابن عابدين (٦/ ٢٢٩)، الفتاوى الهندية (٥/ ١٩٩).
وفي المذهب المالكي: قال العدوي في حاشيته (٧/ ١٠١): «وكذلك يحط عن الشفيع ما حطه البائع من المشتري من الثمن تبرعاً مما جرت به العادة بحطيطة بين الناس، وكذلك يحط عن الشفيع ما حطه البائع من الثمن تبرعاً من غير عادة إذا كان الباقي بعد الحطيطة، يشبه أن يكون ثمناً للشقص»، وانظر: الذخيرة للقرافي (٧/ ٣٥١).
وفي المذهب الشافعي: قال العمراني في البيان (٧/ ١٢٠): «وإن ألحقا بالثمن زيادة أو نقصاً منه شيئاً في حال الخيار، فقد قال عامة أصحابنا: أن ذلك يلحق بالعقد ويأخذ الشفيع به»، وانظر: الحاوي للماوردي (٧/ ٢٨٧).
وفي المذهب الحنبلي: قال ابن قدامة في الشرح الكبير (١٥/ ٤٨٧): «وإن كان الثمن تجب قيمته، فإنها تعتبر وقت البيع؛ لأنه وقت الاستحقاق، ولا اعتبار بعد ذلك بالزيادة أو النقص في القيمة، وإن كان فيه خيار، اعتبرت القيمة حين انقضاء الخيار، واستقرار العقد؛ لأنه حين استحقاق الشفعة»، وانظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٨٠)، المستوعب للسامري (٢/ ١٠٠)، المبدع لابن مفلح (٥/ ٢٢٤)، الإقناع للحجاوي (٢/ ٦٢٤، ٦٢٥).

(٢) قال العمراني في البيان (٧/ ١٢٠): «إذا اشترى شقصاً بثمن، وانقضى الخيار، ثم ألحق بالثمن زيادة، لم تلحق بالعقد، ولا يملكها البائع إلا أن تكون بعقد الهبة بشروطها، ولا يستحقها المشتري على الشفيع لأنه تطوع بذلك، وهكذا إن نقص عنه البائع بعض الثمن، كان ذلك إبراء، ولا يسقط عن الشفيع لأن العقد قد انبرم»، وانظر: الحاوي للماوردي (٧/ ٢٨٧)، فتح العزيز للرافعي (١١/ ٤٥٦)، شرح المزني (٦/ ٣).

واستقراره، فلم يثبت في حق الشفيع، كما لو وهب أحدهما الآخر عيناً، أوأسقط عنه ديناً.

وروى ابن منصور ومهنا عنه لحاق الزيادة بالثمن، ذكره أبو الحسن بن الزاغوني في كتاب «الشروط»، وهو قول عبد الله بن الماجشون[1]، والحطيطة في معناها فتلحق به، فعلى هذا يأخذ الشفيع بما كان من زيادة أو حطيطة، نص عليه في الزيادة، وأما الحطيطة، فنص عليها ابن القاسم[2] في المدونة إن أشبه أن تكون الزيادة في الثمن أو مما يتسامح به، أما إن أشبه أن تكون لقرابة أو صداقة أو قِصر، فيأخذ بالأول؛ لأن الإسقاط إذا صلة محضة فلا يلحق الثمن حكى ذلك اللخمي[3] في «تبصرته».

وإنما يأخذ بما قلنا؛ لأن ذلك هو الثمن، فوجب الأخذ به.

---

(١) قال اللخمي في التبصرة ـ مخطوط ـ (لـ/ ٣١/أ): «وإذا اشترى بألف ثم زاد المشتري البائع مائة... ثم قال: وقال عبد الملك: يستشفع بالألف ومائة».

(٢) قال ابن القاسم في المدونة (١٤/ ٤١١): «(قلت): أرأيت ما حط البائع عن المشتري، قبل أخذ الشفيع بالشفعة أو بعد ما أخذ (قال): إذا وضع عنه ما يرى أن مثل ذلك مما يوضع في البيوع فتلك الوضيعة توضع عن الشفيع، وإن كان شيئاً لا يوضع مثله فتلك هبة، فلا يوضع عن الشفيع من ذلك شيء»، وانظر: التاج والإكليل للعبد ربي (٥/ ٣٣١)، الشرح الكبير للدردير (٣/ ٤٩٥)، حاشية الدسوقي (٣/ ٤٩٥).

(٣) قال اللخمي في التبصرة ـ مخطوط ـ (لـ/ ٣١/أ): «وأما إن حط من الثمن فقال ابن القاسم في المدونة: إذا حط تسعة مائة درهم فإن كان مما يشبه أن يكون ثمنها عند الناس مائة درهم استشفع بمائة درهم، وإن كان لا يشبه أن يكون ثمنها مائة درهم كانت الشفعة بالألف، وأرى أن حط مائة أو ما يمكن أن يسامح به المشتري فإنه يستشفع بقيمته».

واللخمي هو: علي بن محمد الربعي، المعروف باللخمي، قيرواني نزيل صفاقس، كان فقيهاً فاضلاً ديناً، ذا حظ في الأدب والحديث، فقيه وقته، اهتم بتخريج الخلاف في المذهب، وخالف المذهب في بعض ما ترجح عنده، له كتاب «التبصرة»، توفي سنة (٤٧٨هـ).

انظر: المدارك (٨/ ١٠٩)، الديباج (٢/ ١٠٤)، الفكر السامي (٢/ ٢١٥).

ويحتمل أن يأخذ بالحطيطة دون الزيادة، وهو مذهب أبي حنيفة[١]؛ لأن حقه تعلق بالثمن الأول، قبل صدور الزيادة، فلم يكن للمشتري إبطاله، أو لم يملك إلزام ما التزمه، ولهذا لو باع المشتري بأكثر من الثمن الأول [٢١٨/ب] لما لزم الشفيع الأخذ به، ولملك الأخذ بالأول.

وإن أخذ الشفيع بالأول، ثم تبين الحطيطة بعد، رجع لظهور أخذ المشتري ما ليس له، والأول المذهب[٢].

ولو كان الحطيطة كل الثمن[٣]: فإما في زمن الخيار، فلا شفعة لامتناع حصول البيع بدون الثمن، وإما بعده، فاللحاق ممتنع، ويثبت له الأخذ بالثمن على كلا القولين، وبه يقول الحنفية[٤]؛ لأنها لو لحقت العقد لأدى إلى رفعه بعد الاستقرار، وهو خلاف الأصل.

وإنما قلنا ذلك لاستلزام اللحاق لسقوط الثمن، وانتفاء الثمن مستلزم لانتفاء البيع، فاللحاق مبطل لأصل العقد بعد الوجوب

---

(١) قال السرخسي في المبسوط (١٣/ ١٠٨): «فإن زاد البائع المشتري في الثمن زيادة بعد العقد أخذ الشفيع الدار بالثمن الأول؛ لأنه قد استحق أخذها بالثمن الأول قبل الزيادة، والمشتري لا يملك إبطال الحق الثابت له فلا يملك غيره»، وانظر: بدائع الصنائع للكاساني (٤/ ١٣١، ١٣٢)، تبيين الحقائق للزيلعي (٦/ ٣٦٨)، معتصر المختصر لأبي المحاسن (١/ ٣٥٣).

(٢) قال المرداوي في الإنصاف (٤/ ٤٣٣): «قوله: «وإن زيد في الثمن أو حط منه بعد لزومه لم يلحق به»، وهو المذهب وعليه الأصحاب؛ وعنه: يلحق به».

(٣) قال ابن قدامة في المغني (٦/ ٢٦٧): «وإن حط البائع بعض الثمن عن المشتري، أو استزاده بعد لزوم العقد، لم يجزئه، ويُجز بالثمن الأول، لا غير، ولأن ذلك هبة من أحدهما للآخر، لا يكون عوضاً»، وانظر: الإنصاف للمرداوي (٤/ ٤٣٣)، الإقناع للحجاوي (٢/ ٢٢٩)، كشاف القناع للبهوتي (١٣/ ٣٤٦).

(٤) قال الكاساني في بدائع الصنائع (٤/ ١٣٢): «ولو حط جميع الثمن يأخذ الشفيع بجميع الثمن ولا يسقط عنه شيء؛ لأن حط كل الثمن لا يلتحق بأصل العقد؛ لأنه لو التحق لبطل البيع؛ لأنه يكون بيعاً بلا ثمن فلم يصح الحط في حق الشفيع»، وانظر: المبسوط للسرخسي (١٣/ ١٠٧، ١٠٨)، الهداية للمرغيناني (٨/ ٣١٨).

فكان منتفياً[١].

فصل

وإن كانت الحطيطة لعيب في الشقص لحقت بالثمن، واستحق الأخذ بالباقي؛ لأن الثمن ما قام به الشقص على المشتري.

قال في «المستوعب»[٢]، وسواء كانت بقدر أرش العيب أو أكثر؛ لصيرورة كلها بدلاً لصفة السلامة المستحقة، وكذا ما لو كانت الزيادة لشيء ظهر في الشقص تلحق الثمن، ويأخذ بها، ذكره ابن عقيل؛ لأنها ليست زيادة في الحقيقة، لوجود الجزء المقابل لها في المبيع.

• **المسألة الثالثة: عجز الشفيع عن الثمن أو عن بعضه:**

قال في الكتاب[٣]: «تسقط شفعته» وهو مطلق فيما قبل الأخذ وبعده، وربما كان اللفظ أدل على ما قبل، فإن سقوط الحق يقتضي وجود قيامه، وذلك حالة عدم الأخذ، إذ لا قيام للحق بعد استيفائه، فلا يكون ما بعد الأخذ محلاً للسقوط.

وأما إفادة اللفظ لما بعد الأخذ على هذا التقدير، فبطريق التبين لحكم السقوط عند الأخذ، أو كمن سقطت شفعته لاستقرار الشقص للمشتري.

وقد قال في «الكتاب الكبير»[٤]: لا يأخذ الشفعة من لا يقدر على

---

(١) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٨٠): «فأما إذا انقضى الخيار، وانبرم العقد، فزادا أو نقصا، لم يلحق العقد؛ لأن الزيادة بعده هبة يعتبر لها شروط الهبة، والنقض إبرام مبتدأ، ولا يثبت ذلك في حق الشفيع».

(٢) قال السامري في المستوعب (٢/ ١٠٠): «وإن كان لأجل عيب ظهر بالشقص لزم المشتري حطه عن الشفيع، سواء بقدر أرش العيب أو أكثر».

(٣) قال ابن قدامة في المقنع (٢/ ٢٧٠): «وإن عجز عنه، أو عن بعضه سقطت شفعته».

(٤) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٨٣، ٤٨٤).

الثمن، قال: لأن في الأخذ بدون الثمن إضراراً بالمشتري ولا يزال الضرر بالضرر، وهذا صريح في منع العاجز من الأخذ، وظاهرٌ فيما قبل الأخذ.

وحاصل المتن: إناطة السقوط بالعجز، فمتى وجد، ترتب الحكم قبل الأخذ أو بعده.

وظاهر النص عن أحمد: إناطته بالعجز الحاصل بعد مُدة الإمهال فقط ما لم يجاوز حد الكثرة.

قال هارون الحمّال[1]: سُئل أبو عبد الله، عن رجل اشترى داراً فجاء الشفيع، فقال لصاحب الشفعة: أحضر مالك، فقال: العشية أو غداً، ولم يحضر ماله. هل تبطل شفعته؟ قال: لا ما كان يطلبها إلا أن يحبس[2] المال شيئاً كثيراً ينظره[3] الحاكم [٢١٩/أ] على قدر ما يرى.

فصرَّح بعدم السقوط فيما دون المدة، وهو ما أورد السامري[4]، وصاحبا «التلخيص»، و«المحرر»[5]، وقال به مالك[6]، وابن

---

(١) هو: هارون بن عبد الله بن مروان، الإمام الحجة الحافظ المجود أبو موسى البغدادي. الملقب بالحمَّال. مولده في سنة (١٧١هـ)، وقيل: (١٧٢هـ) كان حافظاً صدوقاً، مات سنة (٢٤٣هـ).
انظر: المنتظم (١١/ ٣١٠)، سير أعلام النبلاء (١٢/ ١١٥)، العبر (١/ ٤٤١).

(٢) الحُبُس: بضم الحاء والباء جمع الحبيس وهي الأرض الموقوفة، يُقال: حبستها ووقفتها بمعنى واحد.
انظر: الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي (١/ ٢٦٠)، الفائق (١/ ٢٥٧)، النهاية (١/ ٣٢٨).

(٣) الأنظار: التأخير والإمهال، يقال: انظرته انظره واستنظرته إذا طلبت منه أن ينظرك.
انظر: النهاية (٥/ ٧٧)، لسان العرب (٥/ ٢١٩).

(٤) قال السامري في المستوعب (٢/ ١٠١): «ويجوز أن ينظر الشفيع بالثمن يوماً أو يومين؛ لأن العادة قد جرت بذلك، فإذا كثر فلا نص عليه في رواية حرب».

(٥) قال مجد الدين في المحرر (١/ ٣٦٦): «فإن تعذر عليه سقطت شفعته».

(٦) قال ابن القاسم في المدونة (١٤/ ٤١٢): «(قلت): أرأيت إن أراد الشفيع الأخذ =

شبرمة(١) وأبو حنيفة(٢)، وغيرهم(٣)؛ لجريان العادة بالإمهال توسعة وتمكيناً من السعي في التحصيل فلا (يُضائق)(٤) بالتعجيز فوراً.

وقال عبيد الله بن الحسن العنبري والظاهرية(٥)، هو على حقه، ويباع الشقص عليه في ثمنه، فإن وفى وإلا أنظر بما بقي؛ لأنه بالشقص ذو مال، وليس بمعسر ولا يشبه فلس المشتري بالثمن، حيث يكون البائع أحق بالمبيع؛ لأن حق الشفيع سابق في الشقص المنتقل، فلم يثبت للمشتري سلطنة الرجوع فيه، ولا كذلك المبيع فإن حق المشتري منتف قبل الشراء، فملك البائع الرجوع، لقوة ملكه.

ولنا: في الأخذ بدون الثمن إضرار بالمشتري، والضرر لا يُزال

= بالشفعة، ولم يحضر نقده، أيتلوم له القاضي في قول مالك؟ (قال) مالك: رأيت القضاة عندنا يؤخرون الأخذ بالشفعة في النقد، اليوم واليومين والثلاثة، ورأيت مالكاً استحسنه، وأخذ به، ورآه»، وانظر: الذخيرة للقرافي (٧/ ٣٥٦)، حاشية الخرشي للخرشي (٧/ ٩٢).

(١) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٨٤): «وقال ابن شبرمة، وأصحاب الشافعي: ينظر ثلاثاً؛ لأنها حد القلة، فإن أحضر الثمن، وإلا فسخ عليه».

(٢) قال الكاساني في بدائع الصنائع (٤/ ١٢٨): «وإن طلب أجلاً لنقد الثمن أجله يوماً أو يومين أو ثلاثة أيام؛ لأنه لا يمكن النقد للحال، فيحتاج إلى مدة يتمكن فيها من النقد، فيمهله، ولا يحبسه؛ لأن الحبس جزاء الظلم بالمطل، ولم يظهر مطله، فإن مضى الأجل ولم ينقد حبسه»، وانظر: المبسوط للسرخسي (١٣/ ١١٩).

(٣) قال العمراني في البيان (٧/ ١١٨): «فإن كان الثمن موجوداً سلَّمه الشفيع إليه، وإن تعذر الثمن عليه في الحال.. أجلنا الشفيع ثلاثاً»، وانظر: فتح العزيز للرافعي (١١/ ٤٤٥).

(٤) ورد في المخطوط: (يضاق)، وما أثبتناه لسلامة المعنى.

(٥) قال ابن حزم في المحلى (٩/ ٩٥): «ومن وجبت له الشفعة، ولا مال له، لم يجب أن يهمل الشقص عليه، فإن وفى بالثمن بذلك، وإن فضلت فضلة دفعت إليه، وإن لم يف اتبع الباقي، وانظر فيه أن يوسر، وذلك لأنه ذو مال لذلك الشقص الواجب له، ومن كان له مال فليس ذا عسرة، لكن يُباع ماله في الدين الذي عليه، فإن لم يف فهو حينئذ ذو عسرة بالباقي فنظرة إلى ميسرة حينئذٍ، كما أمر الله تعالى».

بالضرر. وما قالوه محقق لانتفاء الأهلية[١]؛ لأنه على هذا التقدير - أعني - البيع عليه، لا ينفك عن ضرر الدخيل، ومعلوم أن مقصود الشفعة اندفاع هذا الضرر، وهو متعذر في حقه، فلا يكون لها أهلاً.

وأيضاً؛ فربما لزم الضرر عنه من الجانبين، قد لا يفي بثمنه فيتضرر المشتري بتخلف ما بقي، ويتضرر الشفيع بإلزامه إياه من غير نفع حصل له[٢].

وإذا ثبت هذا: فنص أحمد[٣] رَحِمَهُ ٱللَّهُ على إمهال الشفيع بالثمن، يسيراً من المدة إذا طلبه، وذكره أصحابنا، المصنف في «كتابه الكبير»[٤]، والسامري[٥]، وصاحب «التلخيص»، و«المحرر»[٦]، وغيرهم، وقال به في الجملة الأئمة الثلاثة، وغيرهم؛ لما قدمنا من جريان العادة به مع قيامه من تمكين الشفيع من التسبب في حصول غرضه، فوجب مراعاته لسبق حقه.

ولأن هذا الحكم شرع مصلحة للشريك فلا يناسبه التضييق بعدم الإمهال.

---

(١) الأهلية: يقصد بها أهلية الآدمي لوجوب الحقوق له وعليه وفي الأمانة التي حملها.
والأهلية نوعان: أهلية الوجوب، وأهلية الأداء.
أهلية الوجوب: أصلها واحد وهو الصلاحية لحكم الوجوب.
وأهلية الأداء: وهي نوعان: كامل، وقاصر.
الكامل: ما يلحق به العهدة والتبعية، والقاصر: ما لا يلحق به ذلك.
انظر: كشف الأسرار للبزدوي (٨/ ٣١٧)، أصول السرخسي (٢/ ٣٣٢، ٣٣٣).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٨٣، ٤٨٤)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٨١).

(٣) قال ابن قدامة في الشرح الكبير (١٥/ ٤٨١): «قال أحمد في رواية حرب: ينظر الشفيع يوماً أو يومين، بقدر ما يرى الحاكم، فإن كان أكثر، فلا»، وانظر: المستوعب للسامري (٢/ ١٠١)، المبدع لابن مفلح (٥/ ٢٢٤).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٨٤).

(٥) انظر: المستوعب للسامري (٢/ ١٠١).

(٦) انظر: المحرر لمجد الدين (١/ ٣٦٦).

واختلف قول أحمد رَحِمَهُ اللَّهُ في اليسير، فروى حرب قال: سألت أحمد عن الشفيع يجيء فيقول: أنا أجيئك بالمال، قال: ينتظر يوماً أو يومين أو ثلاثة، بقدر ما يرى الحاكم، فإذا كثُر فلا فنص على الثلاثة فما دون بحسب رأي الحاكم.

وهو ما قال في «المحرر»(١)، لكن لم يقيد بالحاكم، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف فيما نقل ابن المنذر(٢)، ومالك(٣)، والشافعي(٤)، وابن شبرمة(٥)؛ لأنه لا يُعد كثيراً في العرف.

وروى هارون الحمَّال، قال: سُئل أبو عبد الله عن رجل اشترى داراً فقال لصاحب الشفعة: أحضر مالك، فقال: العشية [٢١٩/ب] أو غداً ولم يُحضر ماله، هل تبطل الشفعة؟ قال: لا، ما كان يطلبها إلا أن يحبس المال شيئاً كثيراً، ينظره الحاكم على ما يرى، وقد تقدم.

فلم يقدره في هذه الرواية، إنّما جعله إلى الحاكم؛ لأن التقدير شأنه (التوقيف)(٦)، وهو منتف.

---

(١) قال مجد الدين في المحرر (١/ ٣٦٦): «وإذا طلب الشفيع أن يمهل بالثمن أمهل اليومين والثلاثة».

(٢) قال ابن المنذر في الإشراف (٢/ ٩٥): «وقال يعقوب: أن تقدم إلى القاضي فيما بينه وبين ثلاثة أيام، وإلا فلا، فإن أبا حنيفة قال: لا شفعة له».

(٣) انظر: المدونة الكبرى (١٤/ ٤١٢)، الذخيرة للقرافي (٧/ ٣٥٦)، حاشية الخرشي (٧/ ٩٢).

(٤) قال الرافعي في فتح العزيز (١١/ ٤٤٥): «وإذا لم يكن الثمن حاضراً وقت الملك أمهل ثلاثة أيام، فإن انقضت ولم يحضره فسخ القاضي تملكه، هكذا حكى عن ابن سريح، وفيه وجه آخر، أنه إذا قصر في الآداء بطل حقه، وإن لم يؤخذ رفع إلى الحاكم وفسخ به»، وانظر: الحاوي للماوردي (٧/ ٢٣٩)، روضة الطالبين للنووي (٤/ ١٦٩).

(٥) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٨٤).

(٦) ورد في المخطوط: (التوفيق)، والأصوب ما أثبت، لصحة المعنى.

وفي «المغني»[(١)]، و«المستوعب»[(٢)]، و«التلخيص»، يُمهل يوماً أو يومين، وهو شيء من رواية حرب.

وعن مالك[(٣)] العشرة أيام ونحوها مما يقرب، ولا ضرر فيه على المشتري.

وقال أُصبغ[(٤)]: الخمسة عشر والعشرون، على قدر الثمن وكثرة المال وجمعه، وأعلاه شهر، إن رأى الحاكم ذلك. انتهى.

ثم إذا انقضت المدة المضروبة، ولم يحضر المال، فالمنصوص من رواية الحمَّال بطلان الشفعة مطلقاً.

وهو ما قال في «التلخيص»، و«المحرر»[(٥)]، ونقله ابن المنذر[(٦)] عن أبي حنيفة وأبي يوسف، وأيضاً، هو وجه للشافعية[(٧)]؛ لما مر من معنى الإضرار بالمشتري، فلا يتأهل الشريك فيكون استشفاعه باطلاً.

قال صاحب «التلخيص»: ويكون بطلان الملك على وجه الانقطاع على ما اختاره القاضي، وعلى وجه التبيين على ما اختاره ابن عقيل.

يُريد باختيار القاضي[(٨)] قوله: بحصول الملك لمجرد المطالبة، مع

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٨٤).
(٢) انظر: المستوعب للسامري (٢/ ١٠١).
(٣) قال القرافي في الذخيرة (٧/ ٣٥٦): «وقيل يمهل إلى الثلاث؛ قاله مالك، وعنه إلى العشرة».
(٤) قال القرافي في الذخيرة (٧/ ٣٥٦): «وعن أصبغ: الخمسة عشر إلى العشرين بقدر الشقص وما يحتاج من جمع المال، والشهر، إن رأى ذلك الحاكم».
(٥) انظر: المحرر لمجد الدين (١/ ٣٦٦).
(٦) انظر: الإشراف لابن المنذر (٢/ ٥٩).
(٧) انظر: فتح العزيز للرافعي (١١/ ٤٤٥)، البيان للعمراني (٧/ ١١٩)، روضة الطالبين للنووي (٤/ ١٦٩).
(٨) قال القاضي في الجامع الصغير (١٨٨): «وإذا اشترى شقصاً بثمن مؤجل، فإن الشفيع يأخذ الشقص إلى ذلك الأجل إذا كان الشفيع ثقة مليئاً».

وصف الملاءة، وباختيار ابن عقيل(١) قوله: بتوقف الملك على دفع الثمن، وسيأتي الكلام إن شاء الله في ذلك.

وذكر المصنف في «الكتاب الكبير»(٢): أنا إذا [أجلناه](٣) مدة، فأحضر الثمن فيها، وإلا فسخ [الحاكم](٤) الأخذ [ورده](٥) إلى المشتري، قال: وهكذا لو هرب الشفيع بعد الأخذ، فلم يجعله منفسخاً بنفسه، بل متوقفاً على وقوع الفسخ، وهو متضمن لاستمرار حكم الصحة(٦).

وهذا المشهور من مذهب الشافعي(٧)، وأصح إن شاء الله؛ لأن الحق للمشتري، فتوقف الأمر عليه، وهو خلاف ما في المتن، فيمكن حمل المتن على ما قبل الأخذ؛ لما قدمنا من أن السقوط يعتمد وجود

---

(١) قال الزركشي في شرحه (٤/ ١٩٧): «وعند ابن عقيل لا يملكه إلا بدفع الثمن، وعلى رأي الجميع لا يفتقر إلى حكم حاكم، وفي التذكرة أنه يفتقر»، وانظر: الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٨٢).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٨٤).

(٣) ورد في المخطوط: [أجلنا]، وأثبتها كما ورد في المغني (٧/ ٤٨٤).

(٤) ساقطة من المخطوط، وأثبتها كما ورد في المغني (٧/ ٤٨٤).

(٥) ورد في المخطوط: [ورد]، وأثبتها كما ورد في المغني (٧/ ٤٨٤).

(٦) الفرق بين الفسخ والانفساخ كما ذكره الصنهاجي: «أن الفسخ: قلب كل واحد من العوضين لصاحبه. فالأول: فعل المتعاقدين أو الحاكم إذا حضروا بالعقود المحرمة، والثاني: صفة العوضين. فالأول سبب شرعي، والثاني حكم شرعي.
فهذان فرعان، أمَّا الأول فمن جهة الموصوفين، والثاني من جهة الأسباب والمسببات». الفروق (٣/ ٤٤٣)، وانظر: حاشية الرملي (٢/ ٣٨٩)، حاشية ابن عابدين (٥/ ١٢٤).

(٧) قال العمراني في البيان (٧/ ١١٩): «وكذا لو هرب الشفيع بعد الأخذ، جاز للحاكم فسخ الأخذ ورده إلى المشتري، فإن قيل: أليس في البيع لو هرب المشتري أو أخر الدفع.. لم يفسخ الحاكم البيع؟ فهلّا قلتم ها هنا مثله؟ قال: فالجواب: أن البيع حصل باختيارهما، فلذلك لم يكن للحاكم فسخه عليهما، وها هنا أخذه الشفيع بغير اختيار المشتري لإزالة الضرر عن نفسه، فإذا كان ذلك إضراراً بالمشتري رفعه الحاكم»، وانظر: الوسيط للغزالي (٤/ ٨١).

الحق، وإنما ذاك قبل استيفائه، وكلامه هناك على ظاهره فيما بعد الأخذ فلا يكون مختلفاً، وعلى هذا التفصيل قول المالكية[١].

ثم إذا قيل بالفسخ، هل يقف على الحاكم؟

قال في «المغني»[٢]: وهو قول الشافعية[٣]، ثم قال: والأولى، أن للمشتري الفسخ من غير الحاكم؛ لأنه فات شرط الأخذ؛ ولأنه تعذر على البائع الوصول إلى الثمن، فملك الفسخ، كغير من أخذت الشفعة منه، وكما لو أفلس الشفيع لا يقف على حكم الحاكم [٢٢٠/أ] فلا يقف فسخ الأخذ بها على الحاكم، كفسخ غيرها من البيع، وكالرد بالعيب؛ ولأن وقفه على الحاكم يفضي إلى الضرر بالمشتري؛ لأنه قد يتعذر عليه إثبات ما يدعيه، وقد يصعب عليه [حضور][٤] مجلس الحاكم لبعده أو غير ذلك، فلا يشرع فيها ما يفضي إلى الضرر. انتهى.

وهو كما قال، وبه قالت المالكية[٥].

---

(١) قال الخرشي في حاشيته (٧/ ٩٣): «والحاصل أن المسائل ثلاث: **إحداها**: أن يقول: أخذت، وقد عرفت الثمن، وسلم المشتري، وفي هذه إن لم يأت بالثمن فإن الحاكم يؤجله، ثم يبيع من ماله بقدر الثمن. **الثانية**: أن يقول: أخذت ويسكت المشتري، وفي هذه إن لم يأت الشفيع بالثمن فإن الحاكم يؤجله باجتهاده، وإذا مضى الأجل ولم يأت، فله أن يبقى على طلب الثمن، فيباع له من مال الشفيع بقدره، وله أن يبطل أخذ الشفيع، ويبقى الشقص لنفسه. **الثالثة**: أن يقول الشفيع أخذت، ويأبى المشتري ذلك، فإن عجل له الشفيع الثمن، جبر على أخذه، وإن لم يعجل له ذلك، فإن الحاكم يبطل شفعته حيث أراد المشتري ذلك»، وانظر: الذخيرة للقرافي (٧/ ٣٥٦).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٨٤ _ ٤٨٥).

(٣) قال الرافعي في فتح العزيز (١١/ ٤٤٥): «وإذا لم يكن الثمن حاضراً وقت التملك أمهل ثلاثة أيام فإن انقضت ولم يحضره فسخ القاضي تملكه»، وانظر: البيان للعمراني (٧/ ١١٩)، روضة الطالبين للنووي (٤/ ١٦٨).

(٤) ورد في المخطوط: [حصول]، وما أثبتناه من المغني (٧/ ٤٨٤).

(٥) قال الخرشي في حاشيته (٧/ ٩٢): «فإن سكت المشتري عند قول الشفيع أخذت بالشفعة ولم يأت الشفيع بالثمن فللمشتري حينئذٍ نقض البيع وأخذ شفعته»، وانظر: =

فصل

قال في الشرح الكبير[١]: لو أحضر رهناً، أو ضميناً، لم يلزم المشتري قبوله.

وهو مقتضى إطلاق نص أحمد من رواية الحمال، فإنه أبطل بالحبس الطويل للثمن، ولو لزم المشتري قبول رهن أو ضمين لما أطلق الإبطال، وإنما لم يلزم؛ لأن عليه في تأخير الثمن ضرراً، فلم يلزمه كما في تأخير الأثمان الحالية.

قال: وإن بذل عوضاً عن الثمن، لم يلزمه القبول؛ لأنها معاوضة، فلم يجبر على قبولها.

فصل

دخول الشقص في ملك الشفيع، لا بد من سبب يُفيده، كما في سائر التملكات، ثم لا بد (منه)[٢] ضرورة من الشفيع؛ لأنه تملك والتملك موقوف على الخيرة، والموقوف على الخيرة يجب أن يكون السبب فيه إلى المختار؛ تحقيقاً لاختياره ـ ولا يُلزم (الإجبار)[٣] ـ وهو باطل، ولا يشترط معه صدور سبب من المشتري؛ لأنه مقهور، بخلاف البيع، فإن الرضى فيه مُعتبر من الجانبين[٤].

وإذا تحرر هذا، فالسبب ينقسم إلى قول وفعل.

= الشرح الصغير للدردير (٣/ ٤١٢)، بلغة السالك للصاوي (٣/ ٤١٢).

(١) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٨١).

(٢) ورد في المخطوط: (من)، وما أثبت مناسب للسياق.

(٣) ورد في المخطوط: (الاختيار)، وما أثبت مناسب للسياق.

(٤) وذلك لأن الشفعة تُبيح للإنسان انتزاع الشقص دون رضا الطرف الآخر، قال في الإنصاف (٤/ ٣٥٦): «الأخذ بالشفعة، فلا خيار فيها على الصحيح من المذهب»، وانظر: المغني لابن قدامة (٦/ ٥٠)، الروض المربع للبهوتي (٣٣٩).

أما القول: فتملكته أو أخذته بالثمن، أو بهذا الثمن، وكذا أخذته شفعة، أو (تملكته)[1] بالشفعة، ونحوه من اللفظ المفيد للأخذ ذكره المصنف[2]، ولا يكفي قوله: لي حق الشفعة؛ لأنه إخبار عن حكم ثابت، أو وصف ثابت، فلا يُفيد إن شاء التملك، وكذا المطالبة بالشفعة لا تفيد الملك في ظاهر المذهب[3]، لنصوصه المتكررة على أن الشفعة لا تورث إلا أن يكون الميت طالب بها، فللورثة أن يطلبوها، فجعل القدر الموروث بالطلب نفس الشفعة، ولو أفاد الملك لكان الموروث نفس الشقص.

وهذا اختيار المصنف[4]، وغيره من الأصحاب[5]، والشافعية[6] في الأظهر.

وقال القاضي، وأكثر أصحابه، وصاحب التلخيص بخلافه[7]، وهو

---

(١) في المخطوط: [تمليكه]، وما أثبتناه من المغني (٧/ ٤٥٠).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٥٠، ٤٥١).

(٣) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٨٢): «ظاهر كلام المصنف: أن الشفيع لا يملك الشقص بمجرد المطالبة».

(٤) قال في المغني (٧/ ٤٥١): «وقولهم: يملك بالمطالبة بمجردها، لا يصح؛ لأنه لو ملك بها، لما سقطت الشفعة بالعفو بعد المطالبة، ولوجب أنه إذا كان له شفيعان فطلبا الشفعة، ثم ترك أحدهما، أن يكون للآخر قدر نصيبه ولا يملك أخذ نصيب صاحبه».

(٥) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٥٠٩)، المستوعب للسامري (٢/ ٩٤).

(٦) قال الرافعي في فتح العزيز (١١/ ٤٤٢): «ولا يكفي أن يقول: لي حق الشفعة، وأنا مطالب بها؛ لأن المطالبة رغبة في التملك، والملك لا يحصل بالرغبة المجردة، هكذا ذكره في التتمة، وفي آمالي أبي الفرج السرخسي، أن الطلب يكفي سببا لثبوت التملك، ولا يقف على قوله تملكت، والأول: أظهر»، وانظر: الوسيط للغزالي (٤/ ٨٠، ٨١).

(٧) قال في معونة أولي النهى (٥/ ٤٢٢): «ويملك الشقص المبيع به؛ أي: بالطلب؛ لأن البيع السابق سبب، فإذا انضمت إليه المطالبة، كان كالإيجاب في البيع انضم إليه القبول، وهذا القول هو: اختيار القاضي وأكثر أصحابه، وصاحب التلخيص، وابن عبدوس في تذكرته، وقدمه في الفروع والمستوعب، والرعايتين والحاوي الصغير».

الوجه الثاني للشافعية؛ لأن البيع سبب في استحقاق الشفعة. فإذا انضم إليه الطلب، انتقل الملك، كما في الإيجاب في البيع، لما كان سبباً في نقل الملك فانضم إليه القبول، حصل الملك.

لنا: أن المطالبة رغبة [٢٢٠/ب] [والملك][١] لا تفيده الرغبة المجردة؛ ولأنها لو أفادت الملك لما سقطت الشفعة بالعفو بعدها[٢].

وأما الفعل فأخذ الشقص من المشتري، حكاه المصنف[٣]؛ لأنه يتملك قهراً، فملك بالأخذ المجرد؛ كالغنيمة[٤] والمباح[٥]، وكذا بذل الثمن.

وعن ابن عقيل: لا يملك إلا به، حكاه صاحب المستوعب[٦] والتلخيص؛ لدخول الثمن في ملك المشتري [بقبضه][٧]، فوجب انتقال الشقص عنه، لئلا يجمع ملك الثمن والمثمن.

وفي «التلخيص»: يكتفي في الملك برضى المشتري لذمة الشفيع وإن لم يُسلِّم الشقص إليه، قال: لأنها معاوضة، فبعد تراضيهما لا يشترط القبض، وفيه بحث.

---

(١) ساقطة من المخطوط، وأثبتها لتمام المعنى.

(٢) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٥١)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٥٠٩).

(٣) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٥١): «ولنا أنه حق ثبت بالنص والإجماع. فلم يفتقر إلى حاكم كالرد بالعيب، ولأنه مال يتملكه قهراً، فملكه بالأخذ؛ كالغنائم والمباحات، وملكه باللفظ الدال على الأخذ؛ لأنه بيع في الحقيقة، لكن الشفيع يستقل به، فانتقل باللفظ الدال عليه».

(٤) الغنيمة هي: مال لا يملك إلا بالاستيلاء عليه.
انظر: شرح الكبير لابن قدامة (١٠/ ٤٧٥)، الانصاف للمرداوي (٧/ ٨٩).

(٥) المباح هو: كل شيء لا يُعاقب عليه باستعماله. انظر: إحكام الأحكام (١/ ٢٧٨)، القاموس الفقهي (١/ ٩٩).

(٦) قال السامري في المستوعب (٢/ ١٠١): «واختار ابن عقيل أنه لا ينتقل إلى الشفيع إلا بدفع الثمن».

(٧) في المخطوط: (بقضه)، والمثبت في الأصل هو المناسب للسياق.

ويحصل الملك بحكم الحاكم أيضاً، ذكره ابن الصيرفي[(١)] في نوادر المذهب، وقال به غير واحد[(٢)]؛ لأنه لو لم يملك به لكان رداً للحكم.

ها هنا سؤال متين، وهو: أن حكم الحاكم إما أن يتعلق باستحقاق الشفعة، فالمترتب عليه ثبوت حق الانتزاع، ان أنتزع ترتب الملك، وإن لا، فالقضاء إذاً ليس بالملك بل باستحقاق التعاطي للسبب المفيد له، ولو عفا لسقط الحق، فلا يكون الحكم مفيداً للملك.

وإمَّا أن يتعلق بالملك للشقص فلابد في الحكم من قيام السبب المفيد للملك، إذ لا يتأتى الحكم بدونه، وإذاً ذلك السبب هو المفيد للملك، لا الحكم، فكيف يُتصور أن يستقل [.......][(٣)] الحكم بالسببية لإفادة الملك؟[(٤)].

ومذهب الشافعي[(٥)]: ما قدمنا من (أن)[(٦)] السبب القولي لا يفيد

(١) قال البهوتي في معونة أولي النهى (٥/ ٤٢٢): «وقال ابن الصيرفي في نوادره: يحصل الملك بحكم الحاكم أيضاً».
وابن الصيرفي هو: جمال الدين، أبو زكريا، يحيى بن أبي منصور بن أبي الفتح بن رافع الحراني، كان إماماً عالماً، له تصانيف عديدة منها: «نوادر المذهب»، و«انتهاز الفرص فيمن أفتى بالرخص».
انظر: تذكرة الحفاظ (٤/ ١٤٩٥)، الذيل لابن رجب (٢/ ٣٦٣)، الشذرات (٦/ ٢٩).
(٢) قال الزركشي في شرحه (٤/ ١٩٧): «وعلى رأي الجميع لا يفتقر إلى حكم حاكم، وفي التذكرة أنه يفتقر».
(٣) كلمة زائدة في المخطوط وهي: (الملك).
(٤) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٥٠، ٤٥١)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٥٠٨)، المبدع لابن مفلح (٥/ ٢٢٤)، فتح الملك العزيز لأبي البهاء (٤/ ٢٦٥).
(٥) قال الغزالي في الوسيط (٤/ ٨٠): «ولا يكفي قول الشفيع أخذت وتملكت وأنا طالب، بل يحصل الملك بأمرين: **أحدهما**: بذل الثمن؛ **والآخر**: تسليم الشقص إليه راضياً بذمته»، وانظر: المحرر للرافعي (٧١٩)، فتح العزيز للرافعي (١١/ ٤٤٤، ٤٤٥).
(٦) ساقطة من المخطوط وأضيفت لاستقامة المعنى.

الملك بمجرده، بل بانضمام تَسَلُّم الشقص وقبض الثمن إليه، أو يسلم الشقص مع الرضى بذمته أو حكم الحاكم.

وشرط محمد بن الحسن[١] للأخذ: إحضار الثمن، حتى لقضاء القاضي احتياطاً للمشتري.

واختار ذلك بكار بن قتيبة[٢] القاضي، وأباه أبو حنيفة وأبو يوسف[٣].

كما صرنا إليه[٤]؛ لأنه أخذ للمبيع بعوض، فلم يعتبر (لصحته)[٥] حضور العوض، ولا تسلُّم الشقص، ولا الرضا بالذمة، ولا حكم الحاكم، كما في البيع، بل أولى لاستحقاق التملك قهراً.

فصل

والمذهب[٦] أن الأخذ بالشفعة نوع بيع؛ لأنه دفع مال بمال لغرض

---

(١) قال المرغيناني في الهداية (٨/ ٣١٢): «وعن محمد أنه لا يقضي حتى يحضر الثمن، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة»، وانظر: بدائع الصنائع (٤/ ٣٦٢).

(٢) هو: بكار بن قتيبة بن أسد بن عبيدالله بن بشير بن عبد الله بن أبي بكرة البكراوي الثقفي، كنيته أبو بكرة، ولد عام (١٨٢هـ) بالبصرة، كان على قضاء مصر؛ كان ينتحل مذهب أبي حنيفة في الفقه، وكان عالماً زاهداً عابداً كثير التلاوة، توفي مسجوناً عام (٢٧١هـ). انظر: سير أعلام النبلاء (١٢/ ٥٩٩)، مرآة الجنان (٢/ ١٨٥)، النجوم الزاهرة (٣/ ٤٧).

(٣) قال السمرقندي في تحفة الفقهاء (٣/ ٥٤): «ثم القاضي يقضي بالشفعة، سواء أحضر الشفيع الثمن أو لا في المشهور من الرواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وقال محمد: لا ينبغي للقاضي أن يقضي بالشفعة حتى يحضر الثمن».
وانظر: المبسوط للسرخسي (١٣/ ١١٩)، مجمع الأنهر للكليبوبي (١/ ١٠٨).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٨٣)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٨١)، المبدع لابن مفلح (٥/ ٢٢٤).

(٥) في المخطوط: (لصحة)، والمثبت في الأصل مناسب للسياق.

(٦) انظر: المغنى لابن قدامة (٧/ ٤٥١)، الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٨٤)، الاقناع للحجاوي (٢/ ٦٢٤) معونة أولي النهى لابن النجار (٤/ ٤٢٤).

التملك، ولهذا اعتبر له العلم بالشقص وبالثمن، فلا يصح مع جهالتهما. ذكره المصنف[(١)]، وقال به الشافعي[(٢)]، ومالك[(٣)] في رواية، خلافا لأبي حنيفة[(٤)].

قال أبو الحسن اللخمي[(٥)]: وهو ظاهر المدونة[(٦)] [٢٢١/أ]؛ لأنه قال إذا شهد أنه اخذ قبل المعرفة بالثمن، ثم قال: قد بدا لي له أن يترك إن أحب، فجعله بالخيار في التمسك، ولو كان عنده فاسدا لم يكن له التمسك. واستدل المصنف[(٧)] بأنه [بيع][(٨)] في الحقيقة، فاعتبر العلم

(١) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٥١): «وإن كان الثمن مجهولاً أو الشقص لم يملكه بذلك؛ لأنه بيع في الحقيقة، فيعتبر العلم بالعوضين؛ كسائر البيوع».

(٢) قال الماوردي في الحاوي الكبير (٤/ ٢٣٢): «فالشفعة بجميعها مستحقة كالبيع لانتقال الملك بها عوضا أو معوضا»، وانظر: المهذب للشيرازي (١/ ٤٩٦)، البيان للعمراني (٧/ ١٠٦).

(٣) قال الحطاب في مواهب الجليل (٥/ ٣٣٣): «الشفعة بيع والأخذ إنما هو من الشفيع وعليه العهدة» وانظر: بداية المجتهد (١٤٠٧)، حاشية الخرشي (٦/ ١٧٩)، حاشية الدسوقي (٣/ ٤٩٨).

(٤) قال في الدر المختار (٦/ ٢٩٩): «وفي الأشباه الشفعة بيع في كل الأحكام إلا في احتمال الغرور للجبر»، وانظر: المبسوط للسرخسي (٢٨/ ٧٩)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢/ ٧٣٥).

(٥) قال اللخمي في تبصرته ـ مخطوط ـ (لـ٣٢/ب): «واختلف في الأخذ قبل معرفة الثمن، فقيل: جائز، وهو ظاهر المدونة؛ لأنه قال: إذا شهد أنه اخذه قبل المعرفة بالثمن ثم قال: بدا لي، فإن له أن يترك إن أحب، فجعله بالخيار في التمسك ولو كان عنده فاسداً لم يكن له أن يمسك».

(٦) قال ابن القاسم في المدونة (٤/ ٤١٨): «قال مالك إذا أسلم الشفعة بعد وجوب الصفقة بمال أخذه فذلك جائز وإن أسلم شفعته قبل وجوب البيع للمشتري بمال أخذه فذلك باطل لا يجوز؛ لأنه لم تجب له الشفعة بعد وهو مردود وهو على شفعته ها هنا إن أحب أن يأخذ شفعته أخذ وإن أحب أن يترك ترك».

(٧) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٥١): «وله المطالبة بالشفعة، ثم يتعرف مقدار الثمن من المشتري أو من غيره، والمبيع، فيأخذه بثمنه. ويحتمل أن له الأخذ مع جهالة الشقص، بناء على بيع الغائب»، وانظر: الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٥٨).

(٨) في المخطوط: (تبع)، والثابت في الأصل هو المناسب للسياق.

بالعوض كسائر البيوع قال: وله المطالبة بالشفعة؛ أي: مع الجهالة، ثم يتعرف مقدار الثمن فيأخذ به.

وذكر احتمالا بجواز الأخذ مع جهالة الشقص بناء على بيع الأعيان [الغائبه][(١)].

ولو كان على الدار صفائح ذهب، والعوض دراهم، وجب التقابض في المجلس، أو كانت الصفائح فضة وجب العلم بقدرها كما في البيع الصريح[(٢)].

وأما خيار المجلس[(٣)]، فإن قيل به ها هنا فلا كلام، وإن لم يقل به على ما اختار المصنف، والقاضي، وابن عقيل، وصاحب التلخيص، وغيرهم، فلقيام المانع من أن المأخوذ منه [مقهور][(٤)]، فيستحيل معه اعتبار خيرته، ويلزم إذاً عدم خيار الشفيع؛ لأن ثبوته من أحد الجانبين خلاف النص[(٥)]، وقياساً على استرداد المبيع لعيب في الثمن، أو الثمن لعيب في المبيع، وهذا الخلاف بعينه [يجري][(٦)] في

---

(١) كما في المغني انظر: (٧/ ٤٥١).

(٢) قال الأنصاري في فتح الوهاب (١/ ٤٠٧): «إذا كان بالمبيع صفائح ذهب، أو فضة. والثمن من الآجر، لم يكن الرضا بكون الثمن في الذمة بل يجب التقابض»؛ فتح العزيز للرافعي (١١/ ٤٤٥).

(٣) خيار المجلس: يثبت للمتعاقدين من حين العقد إلى أن يتفرقا من غير إكراه، ما لم يتبايعا على أن لا خيار أو يسقطاه بعد العقد، وإن أسقطه أحدهما بقي خيار الآخر، وينقطع الخيار بموت أحدهما لا بجنونه وهو على خياره إذا أفاق، وتحرم الفرقة من المجلس خشية الإستقالة.

انظر: المطلع للبعلي (١/ ٢٣٤)، دليل الطالب لمرعى (١/ ١٠٩)، مختصر الانصاف والشرح الكبير لمحمد بن عبد الوهاب (١/ ٤٣٨).

(٤) في المخطوط: (مفهوم)، والأولى ما أثبت لمناسبته سياق الجملة.

(٥) وهو النص الوارد في خيار المجلس، وهو قوله ﷺ: «**البيعان بالخيار مالم يتفرقا**». سبق تخريجه.

(٦) في المخطوط: (مجري)، والأولى ما أثبت لمناسبته سياق الجملة.

[خيار][1] الشرط[2] وفي التسوية بينهما، وفي هذا الباب شيء من بحث، وموضعه باب الخيار في البيع.

ومِنْ مَنْ قال بجريان الأخذ مجرى البيع: الحنفية[3]، الشافعية[4]، وبعض المالكية[5].

ومنهم[6] من قال: بجريانه مجرى الاستحقاق فيما يختص به من الأحكام، حكاه القاضي أبو الوليد ابن رشد في «المقدمات».

ولعله يستدل بقول النبي ﷺ: **«لا يصلح أن يبيع حتى يعرض على شريكه، فإن أبا فشريكه أحق به»**[7].

وبأنه لو جرى مجرى البيع لتوقف على الرضا من الجانبين لقول

---

(١) في المخطوط: (خلاف)، والأولى ما أثبت لمناسبته سياق الجملة.

(٢) خيار الشرط: وهو أن يشرطا أو أحدهما الخيار إلى مدة معلومة فيصح وإن طابق ولكن يحرم تصرفهما في الثمن والمثمن في مدة الخيار، وينتقل الملك من حين العقد فما حصل في تلك المدة من النماء المنفصل فللمنتقل له ولو أن الشرط للآخر فقط، ولا يفتقر فسخ من يمكله إلى حضور صاحبه ولا رضاه، فإن مضى زمن الخيار ولم يفسخ صار لازما، فيسقط الخيار بالقول والفعل كتصرف المشتري في المبيع بوقف أو هبة أو سوم أو لمس بشهوة. وينفذ تصرفه أن كان الخيار له فقط».
انظر: النكت والفوائد السنيه لابن مفلح (١/ ٢٧٢)، دليل الطالب لمرعي (١/ ١٠٩، ١١٠)، مختصر الإنصاف والشرح الكبير (١/ ٤٣٩).

(٣) قال المرغيناني في الهداية (٨/ ٣١٤): «الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء، ألا يرى أنه مبادلة المال بالمال»، وانظر: بدائع الصنائع للكاساني (٤/ ٨٧)، تبيين الحقائق للزيلعي (٦/ ٣٥٠).

(٤) قال النووي في روضة الطالبين (٤/ ١٦٨، ١٦٩): «ولو رضي بكون الثمن في ذمته، ولم يسلم الشقص فوجهان: **أحدهما**: لا يحصل الملك؛ لأن قول المشتري وعد. **وأصحهما**: الحصول؛ لأنه معاوضة، والملك في المعاوضات لا يقف على القبض»، وانظر: الحاوي لماوردي (٧/ ٢٤١)، فتح العزيز للرافعي (١١/ ٤٤٧).

(٥) قال ابن رشد في المقدمات (٣/ ٦٨): «واختلف في الأخذ بالشفعة، فقيل: أنها تنزل منزلة البيع، وقيل منزلة الاستحقاق فيما يختص بذلك من الأحكام».

(٦) أي: من المالكية.

(٧) سبق تخريجه.

النبي ﷺ: «**إنما البيع عن تراض**»[١] ويثبت فيه خيار المجلس ولا بد، لقول النبي ﷺ: «**البيعان بالخيار ما لم يتفرقا**»[٢].

وأعلم أن الخبر[٣] الأول عين الحجة[٤] عليهم، فإن النبي ﷺ جعل الشريك أحق من غيره، فلما أبا البائع تمكينه من الابتياع[٥]، بقي على حقه فيه، وأكد هذا قوله ﷺ: «**فهو أحق به بالثمن**»[٦]، فوجب ولا بد أن يكون القدر الثابت له حق الابتياع الذي كان به أولى، ووجب إذاً ترتب أحكام البيع، لا أحكام الاستحقاق، ويكون الخبر مخصصاً[٧] لما بعده من الخبرين.

---

(١) أورده ابن ماجه في سننه؛ باب بيع الخيار (٢/ ٧٣٧) برقم (٢١٨٥).
قال الألباني: صحيح. انظر: صحيح الجامع، حديث رقم (٢٣٠٣).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، باب كم يجوز الخيار (٢/ ٧٤٢)، برقم (٢٠٠٢).
قال الألباني: صحيح. انظر: صحيح الجامع، وحديث رقم (٢٨٩٣).

(٣) الخبر: هو ما يصح أن يدخله الصدق أو الكذب. والمقصود به هنا: الأقوال المنقولة عن النبي ﷺ. وتنقسم قسمين: أخبار تواتر، وأخبار آحاد وهي ثلاثة أضرب: ضرب يعلم صحته، وضرب منها يعلم فساده، وضرب منها لا سبيل إلى العلم بكونه على واحد من الأمرين دون الآخر.
انظر: الكفاية في علم الدراية للخطيب البغدادي (١/ ١٦، ١٧)، المنهل الروي لابن جماعة (١/ ٣١، ٣٢)، تدريب الراوي للسيوطي (١/ ١٣٣).

(٤) الحجة: يقال: حاججته، أحاجه، حجاجا ومحاجة حتى حججته؛ أي: غلبته بالحجج التي أدليت بها. والحجة: البرهان. يقال برهن عليه؛ أي: أقام عليه الحجة. وقيل الحجة: ما دوفع به الخصم، وهي: الدلالة المبينة الواضحة.
انظر: النهاية للجزري (١/ ٣٤٠)، مختار الصحاح للرازي (١/ ٥٢)، أنيس الفقهاء للقونوي (١/ ٢٣٧).

(٥) الابتياع: الاشتراء، ويقال للشيء على ما لم يسم فاعله بكسر الياء.
انظر: تحرير ألفاظ التنبيه (١/ ١٧٥)، لسان العرب (٨/ ٢٥)، مختار الصحاح (١/ ٢٩).

(٦) سبق تخريجه.

(٧) **التخصيص لغة:** من خصة الشيء خصوصاً وخصوصية، بضم الخاء وفتحها.
وخصصه وأختصه: أفرده دون غيره.
انظر: لسان العرب لابن منظور (٦/ ٢٦)، مختار الصحاح للرازي (١/ ٧٤).

=

فصل

أخذ الشفيع [٢٢١/ب] بثمن وبان مستحقا: فإما في الذمة، بأن يقول: تملكت الشقص بمائة دينار، أو بالثمن الذي اشتريته، فالتملك صحيح وعليه الإبدال(١) كما في الابتياع(٢).

وإما بالتعيين، بأن يقول: تملكته بهذه الدنانير.

فإن قيل بعدم التعيين فكما ذكرنا في الذمة، وإن قيل بالتعين على الأصح فالتملك باطل كما في صريح البيع ثم جهل الاستحقاق [فالشفعة](٣)

= **وفي الاصطلاح**: تمييز بعض الجملة بالحكم، والتخصيص: بيان ما قصد باللفظ العام.
والمخصص: يطلق على معان مختلفة، فيوصف المتكلم بكونه مخصصاً للعام، بمعنى: أنه أراد به بعض ما تناوله.
ويوصف الناصب لدلالة التخصيص بأنه مخصص. ويوصف الدليل بأنه مخصص، كما يقال: السُّنَّة تخصص الكتاب، وكذلك: يوصف المعتقد لذلك أنه مخصص.
وهو ينقسم إلى متصل ومنفصل. فالمتصل الاستثناء والتقييد بالشرط مع التقييد بالصيغة، ويجوز تخصيص الكتاب بالكتاب، وتخصيص الكتاب بالسُّنَّة، وتخصيص السُّنَّة بالكتاب، وتخصيص السُّنَّة بالسُّنَّة، وتخصيص النطق بالقياس.
انظر: الورقات للجويني (١٠/١٦)، الأحكام للآمدي (٢/٢٩٩، ٣٠٠)، إرشاد الفحول للشوكاني (١/٢٤٣، ٢٤٤).

(١) قال الرافعي في فتح العزيز (١١/٤٦١): «فإن كان الثمن في الذمة؛ أي: ونقده المشتري ثم خرج المدفوع مستحقاً فعليه الإبدال. والإبدال والمبادلة تدل على وضع شيء مماثل له.
وقد اختلف في الإبدال هل هو كالبيع أم لا على قولين: **أحدهما**: أنه نوع من البيع. **والآخر**: أن كل بيع مبادلة ولا عكس.
انظر: الفروع لابن مفلح (٤/١٢)، الانصاف للمرداوي (٣/٣٤)، مطالب أولي النهى للسيوطي (٢/٤٨).

(٢) قال ابن قدامة في المغني (٧/٤٦٩): «فأما إن اشترى الشقص بثمن في الذمة ثم نقد الثمن، فبان مستحقاً، كانت الشفعة واجبة؛ لأن البيع صحيح».
وانظر: الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/٤٦٩).

(٣) ورد في المخطوط: (بالشفعة)، والأصوب ما أثبت لمناسبته سياق الجملة.

باقية لانتفاء التقصير(١).

وإن علم فوجهان:

أحدهما: يبطل، لأخذه بما لا يصح الأخذ به، فيكون تركا له مع القدرة فيبطل كما في ترك الطلب، وهذا أظهر عند القاضي، وابن عقيل، وصاحب التلخيص.

والثاني: لا [اعتبارا](٢) بإصراره على الطلب، ولأنه بالابتياع استحق الشقص بثمن الذمة، فإذا عين فيما لا يملك لغا التعيين وبقي الاستحقاق في الذمة، بخلاف البيع(٣) فإنه استحق فيه بالمعين فيبطل ببطلان المعين، وهذا أظهر عند المصنف(٤).

ولو ادعى العلم عليه وأنكر، حلف، وكان له الأخذ وإن ظهرت الدنانير نحاسا، فكما في ظهورها مستحقة.

وأما ظهور الثمن معيبا فلا أثر له في بطلان الملك ولا الشفعة عالما كان أو جاهلا؛ لأن الأداء صحيح، بدليل ما لو رضي به المشتري(٥). والله أعلم.

(١) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٦٩): «وإن أشترى شقصاً بعبد، أو ثمن معين فخرج مستحقاً فالبيع باطل، ولا شفعة فيه؛ لأنها إنما تثبت في عقد ينقل الملك إلى المشتري، وهو العقد الصحيح، فأما الباطل، فوجوده كعدمه».
انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٥٨)، الإقناع للحجاوي (٢/ ٦٢٢).

(٢) ورد في المخطوط: (اعتبار)، والأصوب ما أثبت لمناسبته سياق الجملة.

(٣) قال ابن قدامة في المغني (٦/ ١٠٣): «والدراهم تتعين بالتعيين في العقد، بمعنى أنه يثبت الملك بالعقد فيما عيناه، ويتعين عوضا فيه، فلا يجوز إبداله وإن خرج مغصوباً، بطل العقد».
وانظر: الإقناع للحجاوي (٢/ ٢٦١)، الروض المربع للبهوتي (٢٧٤).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٦٩).

(٥) انظر: الوسيط للغزالي (٤/ ٢٨٨)، فتح العزيز للرافعي (١١/ ٤٦١)، روضة الطالبين للنووي (٤/ ١٧٦)، فتح الوهاب (١/ ٤٠٩)، الإقناع للماوردي (٢/ ٣٣٨)، مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٣٠٣).

فصل

قال المصنف[١]: إذا أخذ بالشفعة لم يلزم المشتري تسليم الشقص حتى يقبض الثمن، وكذا قال صاحب التلخيص[٢]، وفرق بينه وبين البيع بأنه عن تراض، والشفعة أمر قهري، وهو قول أبي حنيفة[٣]، والشافعي[٤].

وقياس المذهب[٥]: وجوب التسليم على ما نص على مثله في المبيع؛ لأنه بيع بل النص في المبيع نص فيه، وأيضاً فإنه علل في المبيع في بعض نصوصه بكونه ليس ملكاً للبائع، وهذا المعنى موجود في محل النزاع، فيثبت فيه ذلك الحكم بل أولى؛ لأنه مستحقٌ انتزاعه فمِلْكُه فيه آكد.

فرع

تسلم الشقص والثمن في ذمته، فأفلس، قال في «المغني»[٦]: يخير المشتري بين الفسخ والضرب مع الغرماء[٧] بالثمن؛ كالبائع إذا أفلس

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٨٤).
(٢) أورده عنه المرداوي في الإنصاف. انظر: (٦/ ٢٨٥).
(٣) قال الكاساني في بدائع الصنائع (٤/ ١٢٧): «وللمشتري أن يحبس الدار حتى يستوفي الثمن من الشفيع، وكذلك الورثة؛ لأن التملك بالشفعة بمنزلة الشراء من المشتري وللبائع حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن»، وانظر: المبسوط للسرخسي (١٣/ ١١٩)، الهداية للمرغيناني (٨/ ٣١٢)، ملتقى الأبحر (١/ ١٠٧).
(٤) قال الرافعي في فتح العزيز (١١/ ٤٤٥): «إذا ملك الشفيع الشقص لم يكن له أن يتسلمه حتى يقبض الثمن»، وانظر: البيان للعمراني (٧/ (١١٩)، روضة الطالبين للنووي (٤/ ١٦٨)، مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٣٠١).
(٥) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٨٤): «ولنا: أنه تملك للمبيع بعوض فلا يقف على إحضار الثمن كالبيع، وأما التسليم في البيع، فالتسليم في الشفعة مثله».
(٦) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٨٥)، الكافي لابن قدامة (٢/ ٤٢٥).
(٧) الضرب بالمال: قيل هو من ضرب كل واحد منهما في الربح بسهم.

=

المشتري. انتهى. وهو مذهب الشافعي[١]. والله أعلم.

[فرع آخر]

آخر: زرع المشتري الأرض. ثم علم الشفيع وطلب وملك. هل له تأخير الثمن[٢] [إلى][٣] أن تفرغ قال في التلخيص: يحتمل وجهين، أظهرهما ليس له.

قال: «وإن اختلفا في قدر الثمن فالقول قول المشتري [٢٢٢/أ] إلا أن تكون للشفيع بينة، وإن قال المشتري اشتريته بألف، وأقام البائع بينة أنه باعه بألفين فللشفيع أخذه بألف، (وإن)[٤] قال المشتري غَلطت[٥]

= والمضارب: بكسر الراء هو العامل لأنه هو الذي يضرب المال.
والغريم: الذي عليه الدين، يقال خذ من غريم السوء ما سنح.
وقد يكون الغريم الذي له الدين. وسمي الغريم غريما: لملازمته الدين ودوامه.
انظر: تحرير ألفاظ التنبيه (١/ ١٩٥)، مختار الصحاح (١/ ١٩٢)، جواهر العقود (١/ ١٩٢).

(١) قال العمراني في البيان (٧/ ١١٩): «وقد قال أصحابنا: إذا أفلس الشفيع بعد أخذه الشقص، فإن المشتري بالخيار بين أن يضرب بالثمن مع الغرماء وبين أن يرجع في الشقص إذا أفلس المشتري».
وانظر: الحاوي للماوردي (٧/ ٢٥٣)، روضة الطالبين للنووي (٤/ ١٦٣).

(٢) قال الغزالي في الوسيط (٤/ ١٠١): «إذا زرع الأرض ثم علم الشفيع فأخر تسليم الثمن لأنه لا ينتفع في الحال لا يبطل حقه؛ لأنه لا يتحصل على فائدة في الحال ولكن ينبغي أن يعجل الطلب ويؤخر الثمن».

(٣) ساقطة من المخطوط، وأثبتها لمناسبة السياق.

(٤) ورد في المخطوط: (فإن)، والأصوب ما أثبت كما في المقنع المطبوع. انظر: (٢/ ٢٧٣) والمخطوط (٥٩/أ).

(٥) الغلط محركة أن تعيا بالشيء فلا تعرف وجه الصواب فيه.
انظر: النهاية في غريب الأثر (٣/ ٣٧٨)، المطلع (١/ ٤٠٨)، القاموس المحيط (١/ ٨٧٨).
والغلط في اصطلاح الفقهاء: هو الخطأ بالشيء اليسير الذي جرت العادة به، وقد يعرض للصادق العدل ولا يتعمده.
=

فهل يقبل قوله مع يمينه؟ على وجهين، وإن ادعى أنك اشتريته بألف قال بل اتهبته أو ورثته، فالقول قوله مع يمينه، فإن نكل عنها أو قامت للشفيع بينة فله أخذه، ويقال للمشتري إما أن تقبل الثمن وإما أن تبرئ[1] منه»[2].

فيه مسائل:

الأولى: اختلف الشفيع والمشتري في قدر الثمن، فقال الشفيع: اشتريته بألف، قال بل بألفين، فلا يخلو من أحد [حالين][3][4]:

أحدهما: عدم البينة، فالقول قول المشتري، ولا أعلم لأحمد فيه نصا، وقد أورده الخرقي [...][5] في مختصره[6] وهو قول جمهور

= انظر: المغني لابن قدامة (١١/ ٤٢٤)، شرح منهى الإرادات للبهوتي (١٢/ ٤٤١).

(١) الإبراء: يقال برئ من الشيء إذا تخلص منه. وبرئ منه ومن الدين والعيب أي: سلم.
وأبرأه من الدين وبرأه تبرئه. وتبرأ من كذا فهو براء منه.
انظر: لسان العرب (١/ ٣٣)، مختار الصحاح (١/ ٨).
والإبراء في اصطلاح الفقهاء: إسقاط حق من المطلوب إلى الطالب بحيث يصير لازماً، وهو إيجاب حق وليس فيه إستيجاب فلا يحتاج إلى القبول، ويُرد بالرد كالإقرار.
انظر: الفروق للكرابيسي (١/ ٣٢١)، المبسوط للسرخسي (٧/ ٣٩)، شرح أخصر المختصرات (٤/ ١١١).

(٢) انظر: المقنع لابن قدامة المطبوع (٢/ ٢٧٢، ٢٧٣)، والمخطوط (٥٩/ أ).

(٣) ورد في المخطوط: (حالتين)، والمثبت في الأصل هو المناسب للسياق.

(٤) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٨٩)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٨٨؛ ٤٨٩)، الجامع الصغير لأبي يعلى (/ ١٨٧)، الهداية لأبي الخطاب (٣٢٤)، المستوعب للسامري (٢/ ١٠٢)، المحرر لأبي البركات (١/ ٣٦٧)، فتح الملك العزيز (٤/ ٢٦٧)، الإقناع للحجاوي (٢/ ٦٢٥).

(٥) ورد في المخطوط: (أورده المصنف) وهو تكرار.

(٦) قال الخرقي في مختصره (١/ ٧٦): «وإن اختلفا في الثمن، فالقول قول المشتري إلا أن يكون للشفيع بينة».

الفقهاء منهم: أبو حنيفة[١]، والشافعي[٢].

وعن بعض التابعين[٣] القول قول الشفيع، لاعتراف المشتري له بوجوب الشفعة، ودعواه عليه قدرا من العوض هو ينكره؛ لأنه غارم[٤]، وكذا قالت المالكية[٥] إن أتى المشتري بما لا يشبه الثمن، قال مالك[٦]:

---

(١) قال الكاساني في بدائع الصنائع (٤/ ١٣٧): «وإن وقع الاختلاف في قدر الثمن، بأن قال المشتري: اشتريت بألفين، وقال الشفيع: بألف، فالقول قول المشتري مع يمينه»، وانظر: المبسوط للسرخسي (١٣/ ١٩٩)، بداية المبتدي (١/ ٢١٠)، تحفة الفقهاء (٣/ ٦١)، ملتقى الأبحر (١/ ١٠٨)، مجمع الأنهر (٤/ ١٠٩).

(٢) قال الماوردي في الحاوي الكبير (٧/ ٢٤٦): «قال الشافعي: فإن اختلفا في الثمن، فالقول قول المشتري مع يمينه»، وانظر: المهذب للشيرازي (١/ ٣٨٣)، التنبيه للشيرازي (١/ ١٨٨)، الوسيط للغزالي (٤/ ٩٢)، المحرر للرافعي (٧٢٢)، روضة الطالبين للنووي (٤/ ١٧٩).

(٣) قال ابن رشد في بداية المجتهد (١٤١٧): «وخالف في ذلك بعض التابعين فقالوا: القول قول الشفيع؛ لأن المشتري قد أقر له بوجوب الشفعة وادعى عليه مقدارا من الثمن لم يعترف له به». انظر: الاستذكار لابن عبد البر (٧/ ٧٠).

(٤) الغارم: الذي يلتزم ما ضمنه وتكفل به ويؤديه
- الغرم: أداء شيء لازم وقد غرم يغرم غرما. والغارمون الذين عليهم الدين ولا يجدون القضاء.
- وهم ضربان: **أحدهما**: من غرم لإصلاح ذات البين وهو تحمل مالا لتسكين فتنة. **والثاني**: من استدان لنفسه في مباح لمصلحته ومعاشه.
انظر: النهاية في غريب الأثر (٣/ ٣٦٣)، الزاهر (١/ ٢٩٤)، آداب المشي إلى الصلاة (١/ ٤٨)

(٥) قال ابن رشد في بداية المجتهد (١٤١٧): «وأما أصحاب مالك فاختلفوا في هذه المسألة، فقال ابن القاسم: القول قول المشتري إذا أتى بما يشبه باليمين، فإن أتى بما لا يشبه فالقول قول الشفيع، وقال أشهب: إذا أتى بما يشبه فالقول قول المشتري بلا يمين، وفيما لا يشبه باليمين».

(٦) قال ابن القاسم في المدونة (١٤/ ٤٠٤): «(قلت): أرأيت إذا اختلف الشفيع والمشتري في الثمن الذي اشتريت به الدار، القول قول من في قول مالك؟ (قال): القول قول المشتري، إلا أن يأتي بما لا يشبه فلا يصدق عندي، إلا أن يكون مثل هؤلاء الملوك يرغب أحدهم في الدار لضيق داره فيثمنها، فالقول قوله إذا أتى بما يشبه»، وانظر: بداية المجتهد لابن رشد (١٤١٧)، الاستذكار لابن عبد البر (٧/ ٧٠).

إلا أن يكون المشتري ذا سلطان يُعلم [بالعادة][(١)] لعادة أنه يزيد في الثمن فالقول قوله بغير يمين اعتبارا بدلالة الحال[(٢)]، وإن أتيا بما يشبه فالقول قوله أيضاً، لكن مع يمينه كما عليه الجمهور، وإن أتيا جميعا بما لا يشبه حلفا وردا إلى الوسط مما يشبه فيأخذ به أو يدع.

لنا[(٣)]: أنه يدعي استحقاق الشقص بقدر من العوض، والمشتري ينكره، فالقول قوله، وأيضاً فهو اعترف بالثمن لمباشرته العقد بخلاف الشفيع، وليس بالطائل[(٤)] فإن الشفيع قد يعلمه بحضوره، ولأن الشقص ملكه فلا يُنزع بدون بينة أو إقرار.

وإذا تقرر هذا فلا بد من يمين المشتري؛ لأنه منكر، وكما في نظائره، وإذاً يأخذ الشفيع بألفين وإلا ترك.

وإن نكل قُضي عليه، وأخذ الشفيع بألف.

ولم يتعرضوا للفرق بين ما قبل التملك وبعده، بل أطلقوا، وفي الإطلاق بحث.

فإنهما بعد التملك منكران ومدعيان هذا ـ أعني: المشتري ـ يدعي قدرا زائدا من العوض يستحقه، وذاك[(٥)] يدعي وقوع الشراء بقدر أقل منه، وكل منهما منكر للمدعي عليه، فهما مدعيان ومنكران، بخلاف ما

---

(١) ورد في المخطوط: (العادة): والأولى ما أثبت لصحة المعنى.

(٢) دلالة الحال: التي ليس فيها سحب ما في الحاضر على الماضي، بل يستأنس بها ويعتمد عليها في ترجيح أحد الزعمين على الأخر.
انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقا (١/ ١٠٨).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٨٩)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٨٨، ٤٨٩)، المستوعب للسامري (٤/ ١٠٢)، فتح الملك العزيز لابن البهاء (٤/ ٢٦٧)، الإقناع للحجاوي (٢/ ٦٢٥).

(٤) الطائل: أصل الطائل النفع مع الفائدة.
انظر: النهاية في غريب الأثر (٣/ ١٤٦)، لسان العرب (١١/ ٤١٤).

(٥) يعني: الشفيع.

قبل فإنه ليس في الحقيقة إلا دعوى الشفيع وإنكار المشتري، إذ لا يمكن دعوى المشتري لاستحقاق الثمن في حالتئذ [٢٢٢/ب]؛ لأن تملك المعوض عليه لم يوجد بعد، وهذا مقتض للتحالف في هذه الحالة لوجود إنكارهما، فيحلف المشتري ما ابتعته بألف وإنما ابتعته بألفين ويحلف الشفيع ما ابتاعه المشتري بألفين، وإنما ابتاعه بألف، ومن نكل قضى عليه للآخر، وإذا حلفا فإن رضي أحدهما بما قال الآخر أقر الأخذ على حاله وإلَّا فسخ التملك ورد الشقص إلى المشتري.

الحال الثاني: وجود البينة، فإن كانت لأحدهما قضى بها، سواء الشفيع والمشتري، كذلك قال الأصحاب(١)، وأبو حنيفة(٢)، والشافعي(٣)؛ لأنه بتقدير الشفيع، وهو مسألة المتن فمثبتة لما يدعيه، وبتقدير المشتري فمثبتة لما يقول من الزيادة، ولا يمين إذاً؛ لقيام البينة.

وإن كانت لكل منهما، فقال القاضي(٤)، وابنه أبو الحسين(٥)

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٨٩)، الكافي لابن قدامة (٢/ ٤٢٦)، الشرح الكبير لابن قدامة، (١٥/ ٤٨٨، ٤٨٩)، الهداية لابي الخطاب (٤٢٤)، المستوعب للسامري (٢/ ١٠٢)، المحرر لابي البركات (١/ ٣٦٧).

(٢) قال الكاساني في بدائع الصنائع (٤/ ١٣٨): «وإن كانت لأحدهما بينة قبلت بينته».
انظر: المبسوط للسرخسي (١٣/ ٩٩)، الهداية للمرغيناني (٨/ ٣١٥)، شرح فتح القدير للسيواسي (٨/ ٣١٥، ٣١٦).

(٣) قال العمراني في البيان (٧/ ١٧٠): «فإن كان لأحدهما بينة قضي له بها ولم يسمع قول الآخر».
وانظر: الحاوي للماوردي (٤/ ٢٤٦)، روضة الطالبين للنووي (٤/ ١٧٩).

(٤) قال القاضي أبو يعلى في الجامع الصغير (١٧٨): «فإن أقاما جميعا البينة، فإن البينة بينة الشفيع على ظاهر كلام الخرقي».

(٥) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٨٧): «لكن لو أقام كل واحد من الشفيع والمشتري البينة بثمنه، فقال القاضي وابنه أبو الحسن، وأبو الخطاب، وابن عقيل، والشريف أبو جعفر، وأبو القاسم الزيدي، وصاحب المستوعب، تقدم بينة الشفيع».

وأبو الخطاب[١]، وابن عقيل[٢]، والشريف أبو جعفر[٣]، والقاسم الزيدي[٤]، وصاحب المستوعب[٥]: تقدم بينة الشفيع، ويقتضيه إطلاق الخرقي[٦] والمصنف ههنا، وبه قال أبو حنيفة[٧]، ومحمد بن الحسن[٨]؛ لأن الشفيع خارج[٩] فقدمت بينته على [بينة][١٠] المشتري[١١].

ومن الأصحاب من علل بتوارد البينتين على إقرار المشتري، وأن

---

(١) قال أبو الخطاب في الهداية (٣٢٤): «وإذا اختلف الشفيع والمشتري في مقدار الثمن وأقاما البينة، قدمت بينة الشفيع».
(٢) انظر: الانصاف للمرداوي (٦/ ٢٨٧).
(٣) انظر: المرجع السابق.
(٤) انظر: المرجع السابق.
(٥) انظر: المستوعب للسامري (٢/ ١٠٢).
(٦) قال الخرقي في مختصره (١/ ٧٦): «وإن اختلفا في الثمن، فالقول قول المشتري، إلا أن يكون للشفيع بينة».
(٧) قال السرخسي في المبسوط (١٣/ ٩٩): «وإن أقاما جميعا البينة، فالبينة بينة الشفيع في قول أبي حنيفة، ومحمد رحمهما الله»، وانظر: بدائع الصنائع للكاساني (٤/ ١٣٨)، شرح فتح التقدير للسيواسي (٨/ ٣١٥، ٣١٦)، تبيين الحقائق للزيلعي (٦/ ٣٦٥).
(٨) انظر: المرجع السابق.
(٩) الخارج: هو البريء عن وضع اليد على عين والتصرف بها تصرف الملك وهو الذي جاء من خارج ينازع الداخل.
- والداخل: من العين - المتنازع فيها في يده - وتسمى بينة المدعي بينة الخارج، وبينة المدعى عليه بينة الداخل.
- وتقدم بينة الخارج على بينة صاحب اليد في الملك المطلق. وأما إذا كان مضافاً إلى سبب لا يتكرر فبينة صاحب اليد تقدم حينئذ، وإذا أرخا وصاحب اليد أسبق تاريخا فإنه مقدم فإذا لم يبين فيها تاريخ فبينة الخارج أولى.
انظر: إيثار الإنصاف لابن الجوزي (١/ ٣٥٢)، المطلع للبعلي (١/ ٤٠٤)، جواهر العقود للأسيوطي (٢/ ٣٩٩)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر (٤/ ٢٩٢، ٢٩٣).
(١٠) ساقطة من المخطوط، وأثبتها لمناسبة السياق.
(١١) ورد في المخطوط: (على غير المشتري)، والأولى ما أثبت لصحة المعنى.

إحداهما تشهد بالإقرار عليه والأخرى بالإقرار له، فألزم بما عليه دون ماله، كما في الإقرار به عند الحاكم، ونقله محمد بن الحسن عن أبي حنيفة(١)، وفيه بحث، وهو أنا لا نسلم كون الصادر من المشتري إقرارا، لا سيما ما ذكروا من الإقرار لنفسه فإنه عين الدعوى على غيره وإنما الصادر منه إن شاء العقد، والإن شاء ليس من الإقرار في شيء، بل في معنى الفعل.

وما أشاروا إليه من قيام البينة بما يوجب إلزام المشتري، يقابلها البينة بما يوجب إلزام الشفيع.

ومن الحنفية(٢) من وجه ما قالوا بأن لا تنافي بين البينتين بالنسبة إلى الشفيع لإمكان وقوع الشراء دفعة بعد دفعة فيُقَدَّر وقوعهما جميعاً ويثبت له الأخذ بالأقل، وهذا كما لو أقام العبد بينة بتعليق عتقه على ألف، وأقام السيد بينة بالتعليق على ألفين [فإذا أدى ألفاً](٣) فإنه يعتق تصحيحاً للأمرين لإمكانهما، وفيه أيضاً بحث.

---

(١) قال السرخسي في المبسوط (١٣/ ١٠٠): «ولأبي حنيفة طريقتان: إحداهما حكاهما محمد عنه، والأخرى حكاها أبو يوسف، فالتي حكاها محمد: أن المشتري صدر منه إقراران: أحدهما: له، والآخر: عليه، فكان للشفيع أن يأخذ بما عليه، كما لو أقر عند القاضي بالأمرين جميعا»، وانظر: بدائع الصنائع للكاساني (٤/ ١٣٨، ١٣٩).

(٢) قال الزيلعي في تبيين الحقائق (٦/ ٣٦٦): «ولأنه لا تنافي بين البينتين في حق الشفيع؛ لأنه أمكن أن يعمل بهما بأن يثبت العقدان فيأخذ المشتري بأيهما شاء، فلا يصار إلى الترجيح؛ لأن الاشتغال بالترجيح عند تعذر العمل بهما وهو نظير ما إذا اختلف المولى مع عبده، فقال المولى: قلت لك: إذا أديت إلي ألفين فأنت حر، وقال العبد: قلت لي: إذا أديت إلي ألفا فأنت حر، وأقاما البينة، فإن البينة بينة العبد، إما لأنها ملزمة، أو لأنه لا تنافي، فيثبت التعليقان، ويعتق العبد بأداء أي المالين شاء»، وانظر: المبسوط للسرخسي (١٣/ ١٠٠)، الهداية للمرغيناني (٨/ ٣١٦، ٣١٥)، شرح فتح القدير للسيوسي (٨/ ٣١٥، ٣١٦)، العناية للبابرتي (٨/ ٣١٦).

(٣) ورد في المخطوط: (وإذا ألفا)، والأصوب ما أثبت لصحة المعنى.

فإن البينتين إنما تستند إلى عقد واحد اختلفا في كيفيته، ولهذا عملنا بإحداهما وألغينا الأخرى، ولو أمكن تعدد المسند إليه [٢٢٣/أ] [لا نتفى][١] الإلغاء بالكلية بخلاف مسألة التعليق فإن التعدد فيه ممكن، نعم لو أسندته إلى زمن أو حال لا تعدد معه بأن شهدت كل واحدة أنه قال: عند الزوال، إن أديت إلي الدين فأنت حر، لتعذر العمل بهما[٢]. ولأبي حنيفة طريقة أخرى في التعليل حكاها أبو يوسف[٣] عنه وهي: أن بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة [والبينتان][٤] للإلزام فوجب تقديم بينة الشفيع.

وبيان كونها ملزمة اقتضاؤها إجبار المشتري على التسليم، ولا كذلك بينة المشتري فإنها لا تقتضي إجبار الشفيع على الأخذ، بل تخييره بين الأخذ والترك، بخلاف بينة البائع والمشتري فإن كل [واحدة][٥] منهما ملزمة، وفيه أيضاً بحث.

ثم قول الأصحاب ها هنا مخالف لما قالوه في بينتي البائع

---

(١) ورد في المخطوط: (لا نتفاء)، والأصوب ما أثبت لصحة المعنى.

(٢) وأصل المسألة كما في كتب الفقه الحنفي: وهو نظير المولى مع العبد إذا اختلفا فقال المولى: قلت لك: إذا أديت إلى الفين فأنت حر؛ وقال العبد: قلت لي: إذا أديت ألفاً فأنت حر، وأقاما البينة، فإن البينة بينة العبد بهذا الطريق، وهو أنه لا منافاة بينهما في حقه فيجعل كأن الكلامين صدر من المولى، ويعتق العبد بأي المالين شاء بخلاف البائع مع المشتري إذا اختلفا؛ لأن هناك العمل بالبينتين غير ممكن فالعقد الثاني في حقهما ناسخ للأول فلهذا صرنا إلى الترجيح بالزيادة».
انظر: المبسوط للسرخسي (١٣/ ١٠٠)، تبيين الحقائق للزيلعي (٦/ ٣٦٦).

(٣) قال السرخسي في المبسوط (٣/ ١٠٠، ١٠١): «والطريقة التي حكاها أبو يوسف أن بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة، والبينتان للإلزام، فالملزم من البينتين يترجح»، وانظر: الجامع الصغير لمحمد بن الحسن (١/ ٣٦٢)، البحر الرائق لابن نجيم (٨/ ١٥١).

(٤) ورد في المخطوط: (والبينات)، والأصوب ما أثبت لصحة المعنى.

(٥) ورد في المخطوط: (الواحد)، والأصوب ما أثبت؛ لصحة المعنى.

والمشتري، حيث قدموا بينة البائع؛ لأنه مدع بزيادة، وهذا بعينه موجود في المشتري ها هنا، فيحتمل أن يقال فيه بمثل ذلك، وهو قول أبي يوسف(١) وبعض الشافعية(٢)، وذكر في «المغني»(٣) احتمالاً بتعارضهما، وهو مذهب الشافعي(٤) لتنازعهما فيما وقع عليه العقد ولا دلالة لليد عليه فيتساقطان كما لو لم تكن بينة، وفيه وجه باستعمالها بالقرعة، ذكره المصنف(٥) قال: لأنهما يتنازعان في العقد ولا يد لهما، فصارا كالمتنازعين عينا في يد غيرهما.

فصل

ويثبت بشاهد ويمين، وبرجل وامرأتين؛ لأنه حق يتعلق بالمال،

---

(١) قال الزيلعي في تبين الحقائق (٦/ ٣٦٥): «وقال أبو يوسف والشافعي: البينة بينة المشتري؛ لأنها تثبت زيادة، والبينة المثبتة للزيادة أولى»، وانظر: المبسوط للسرخي (١٣/ ٩٩)، بدائع الصنائع للكاساني (٤/ ١٣٨).

(٢) قال العمراني في البيان (٧/ ١٧١): «وإن اقام كل واحد منهما بينة بما ذكره، ففيه وجهان، حكاهما ابن الصباغ: أحدهما، وهو قول الشيخ أبي حامد الإسفراييني: أن بينة المشتري تقدم، كما تقدم بينة الداخل على بينة الخارج. والثاني: وهو قول القاضي أبي حامد، اختيار ابن الصباغ، أنهما يتعارضان؛ لأن بينة الداخل إنما تقدم إذا تنازعا اليد، وها هنا تنازعا فيما وقعا عليه العقد، ولا مزية لأحدهما على الأخرى فتعارضتا، قال: فعلى هذا تسقطان، ويصيران كما لو لم يكن مع واحدا منهما بينة. قال: ومن أصحابنا من قال: يقرع بينهما».
وانظر: الحاوي للماوردي (٧/ ٢٤٦)، روضة الطالبين للنووي (٤/ ١٨٠).

(٣) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٨٩): «وإن أقام كل واحد منهما بينة، احتمل تعارضهما؛ لأنهما يتنازعان فيما وقع عليه العقد، فيصيران كمن لا بينة لهما».

(٤) قال الماوردي في الحاوي الكبير (٧/ ٢٤٦): «ويخرج في مذهب الشافعي رضي الله عنه على قولين من تعارض البينتين:
أحدهما: إسقاطهما بالتعارض، ويكون القول قول المشتري مع يمينه.
والثاني: الاقتراع بينهما، فمن خرجت بينته كان أولى».

(٥) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٨٩).

ولا تقبل فيه شهادة البائع، ذكره أصحابنا[١] والعراقيون[٢] من الشافعية.

وللشافعية وجه بالقبول، اختاره البغوي[٣] منهم، لانتفاء التهمة [بنقض][٤] حقه، ولهم وجه ثالث بالقبول إن شهد قبل قبض الثمن؛ لأنه ينقض حقه إذ لا يأخذ أكثر مما شهدبه، وبعدم القبول إن شهد بعد القبض؛ لجر النفع بتقليل الثمن مخافة الدرك[٥] في الاستحقاق. وهو قول المسعودي منهم.

لنا: أن شهادته إما للمشتري فشهادة على فعل نفسه، وإما للشفيع فمتهم بتقليل الثمن، خشية الدَرَك عليه[٦]، وفيه بحث.

فصل

قال المشتري: «لا أعلم قدر الثمن، فالقول قوله، ذكره

---

(١) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٨٩): «وثبت ذلك بشاهد ويمين، وشهادة رجل وامرأتين، ولا تقبل شهادة البائع؛ لأنه إذا شهد للشفيع كان متهما؛ لأنه يطلب تقليل الثمن خوفا من الدرك عليه»، وانظر: الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٨٩).

(٢) قال النووي في روضة الطالبين (٤/ ١٨٠): «ولا تقبل شهادة البائع للمشتري على الصحيح؛ لأنه يشهد بحق نفسه، وقيل: تقبل؛ لأنه لا يجر لنفسه نفعا والثمن ثابت له بإقرار المشتري، ولو شهد للشفيع فهل يقبل قوله؟ فيه أوجه: **أحدها**: لا، وقطع به العراقيون من الشافعية؛ لأنه يشهد على فعله، **والثاني**: نعم، وصححه البغوي؛ لأنه ينقض حقه، وهو قول المسعودي في الإبانة، **والثالث**: إن شهد قبل قبضه الثمن، قبلت؛ لأنه ينقض حقه. إذ لا يأخذ أكثر مما شهد به، وإن شهد بعده فلا؛ لأنه يجر إلى نفسه نفعا، فإنه إذا قل الثمن، قل ما يغرمه عند ظهور الاستحقاق»، وانظر: الحاوي للماوردي (٧/ ٢٤٦)، البيان للعمراني (٧/ ١٧٠).

(٣) انظر: المرجع السابق.

(٤) ورد في المخطوط: (نقص)، والمثبت في الأصل هو المناسب للسياق.

(٥) ضمان الدرك: رد الثمن للمشتري عند استحقاق المبيع بأن يقول تكلفت بما يدركك في هذا المبيع.
انظر: التعريفات للجرجاني (٢/ ١٨١)، التعاريف للمناوي (١/ ٤٧٥).

(٦) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٩٠)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٨٩).

الأصحاب: القاضي[١]، وابن عقيل[٢]، والمصنف[٣] وغيرهم[٤] سواء ادعى عليه بقدر معين أو أنه يعلم قدره أو طولب بالبيان، وهو أحد الوجهين للشافعية[٥]؛ [لأنه][٦] قول [ممكن][٧] لجواز أن يشتريه بدراهم لا يعلم زنتها، أو بصيرة لا يعلم مكيلتها، ولأنه منكر. قال القاضي[٨] [٢٢٣/ب] وابن عقيل[٩] فيحلف أنه لا يعلم قدره؛ لأن ذلك وفق الجواب، وإذاً لا شفعة؛ لأنها لا تستحق بدون البدل، وإيجاب البدل متعذر للجهالة.

وإن ادعى عليه التحيل[١٠] بذلك فعليه اليمين على نفيه، ذكره

---

(١) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٨٧): «لو قال المشتري: لا أعلم قدر الثمن، فالقول قوله. ذكره الأصحاب: القاضي وابن عقيل. والمصنف وغيرهم».

(٢) انظر: المرجع السابق.

(٣) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٣٩٠): «وإن قال المشتري لا أعلم مبلغ الثمن فالقول قوله؛ لأن ما يدعيه ممكن لجواز أن يكون اشتراه جزافا أو ثمن نسي مبلغه»؛ الكافي لابن قدامة (٢/ ٤٢٦).

(٤) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٩١).

(٥) قال العمراني في البيان (٧/ ١٧٢): «وإن طالب الشفيع بالثمن، فقال المشتري: لا أعلم قدر الثمن الذي اشتريت به، وادعى الشفيع أنه يعرفه، قال الشافعي: فالقول قول المشتري مع يمينه، فإذا حلف، سقطت الشفعة، وبه قال عامة أصحابنا. وقال أبو العباس: يقال للمشتري: إما أن تذكر قدر الثمن، وإلا جعلناك ناكلاً، ورددنا اليمين على الشفيع ليحلف على مبلغ الثمن، ويستحق أخذ الشقص بما حلف عليه»، وانظر: الحاوي للماوردي (٧/ ٢٤٧)، المهذب للشيرازي (١/ ٣٨٣)، روضة الطالبين للنووي (٤/ ١٧٥).

(٦) ورد في المخطوط: (لأن)، والصواب ما أثبت لصحة المعنى.

(٧) ورد في المخطوط: (يمكن)، والصواب ما أثبت؛ كما ورد في المغني. انظر: (٧/ ٤٩٠).

(٨) ذكره المرداوي عنه. انظر: الإنصاف (٦/ ٢٨٨).

(٩) انظر: الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٨٨).

(١٠) الحيل: اسم من الاحتيال جمع حيلة وهي ما يُتلطف به لدفع المكروه أو جلب المحبوب؛ أي: يُترفق به والترفق خلاف التعسف. وتكره الحيلة في إبطال الشفعة بعد ثبوتها بالاتفاق ولا بأس به قبل ثبوتها وهو المختار؛ لأنه ليس بإبطال حق ثابت. انظر: التعريفات للجرجاني (١/ ١٢٧)، أنيس الفقهاء (١/ ٣٠٤).

المصنف في كتابيه»[(١)(٢)].

وإن قال نسيت الثمن فظاهر إيرادهم أنه كذلك، لإمكان صدقه ويحتمل ألا يكتفي به كما لا يكتفي بمثله في دعوى الديون[(٣)] وهو الأصح عند فريق من الشافعية[(٤)]؛ لأنه يحاول رفع[(٥)] ما وجب بالشراء، بخلاف المسألة قبلها، فإن قدر العوض فيها جائز أن يكون مجهولا فلا

---

(١) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٩٠): «فإن ادعى أنك فعلت ذلك تحيلاً على اسقاط الشفعة، فعليه اليمين على نفي ذلك»، وقال في الكافي (٢/ ٤٢٦): «وإن ادعى عليه أنك فعلته تحيلاً فأنكره فالقول قوله مع يمينه».

(٢) قال ابن مفلح في المبدع (٥/ ٢٢٦): «فإن قال المشتري: غلطت أو كذبت أو نسيت، والبينة صادقة فهل يقبل قوله مع يمينه؟ على وجهين: **أشهرهما**: أنه لا يقبل، جزم به في الكافي؛ لأنه رجع عن إقراره فلا يقبل، كما لو أقر له بدين. **والثاني**: يقبل، قال القاضي: وهو قياس المذهب عندي كالمغالطة» وقال: «فإن لم يكن للبائع بينة، فتحالفا، فللشفيع أخذه بما حلف عليه البائع، لا إن رضي المشتري أخذه بما قال البائع».
وانظر: الهداية لأبي الخطاب (٣٢٤)، المستوعب للسامري (٢/ ١٠٠)، المغني لابن قدامة (٧/ ٤٩٠)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٢٩، ٤٣٠)، الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٨٨)، الإقناع للحجاوي (٢/ ٦٢٥).

(٣) «فإن من ادعى غلطا ونحوه فيما قبضه من مبيع أو دين لم يقبل قوله».
انظر: الإقناع للحجاوي (٢/ ٣٠٢).

(٤) قال الرافعي في فتح العزيز (١١/ ٤٦٠): «لو قال نسيت مقدار الثمن الذي اشتريت به فعلى رأي يجعل قوله نسيت نكولا وترد اليمين على الشفيع، قال القاضي الروياني: وبه قال ابن سريح، وابن أبي هريرة، والماوردي والقفال وهو الاختيار»، وانظر: الحاوي للماوردي (٧/ ٢٤٧)، المهذب للشيرازي (١/ ٥٠٣)، البيان للعمراني (٧/ ١٧٢).

(٥) رفع العقد: الرفع ضد الوضع، رفعته فارتفع فهو نقيض الخفض.
انظر: لسان العرب (٨/ ١٢٩).
- أما رفع العقد عند الفقهاء: فقد أطلق على معنى الفسخ، فيقولون الفسخ رفع العقد من حينه كالرد بالعيب وسائر الفسوخ، ومعناه: ترك المبيع لبائعه بثمنه لا بأقل ولا أكثر ولا خلاف جنسه.
انظر: القواعد لابن رجب (٢/ ٦٧)، الإنصاف للمرداوي (٨/ ٥٧)، القاموس الفقهي (١/ ٣١٢).

تكون الشفعة ثابتة بالشراء على هذا التقدير. والله أعلم.

فصل

قال البائع: الثمن ثلاثة آلاف، وقال المشتري ألفان، وقال الشفيع ألف، وأقاموا البينة فالبينة للبائع على ما مر، لدعوى الزيادة(١)، وبه قال أبو حنيفة(٢)، وغيره(٣).

فصل

كان الثمن عرضا واختلف الشفيع والمشتري في قيمته، إن وجد قُوِّم، أو تعذر فالقول قول المشتري مع يمينه، حكاه المصنف(٤)، وقال أبو حنيفة(٥)

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٩٤)، الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٨٨).

(٢) قال السرخسي في المبسوط (١٣/ ١٠٠): «وكذلك لو اختلف البائع والمشتري والشفيع. فقال البائع: الثمن ثلاثة آلاف، وقال المشتري: ألفان وقال الشفيع: ألف، وأقاموا البينة، كانت البينة بينة البائع أولى بالقبول؛ لأنها تثبت الزيادة»، وانظر: بدائع الصنائع للكاساني (٤/ ١٣٧).

(٣) قال ابن القاسم في المدونة (١٤/ ٤٠٩): «قلت: أرأيت إن كان المشتري يقول: اشتريتها بمئة دينار، ويقول الشفيع: بل اشتريتها بخمسين، وقال البائع: بل بعت بمائتي دينار، قال: إن كانت الدار في يد البائع أو في يد المشتري ولم تفت بطول زمان أو بهدم من الدار أو بتغيير للساكن أو بيع أو بهبة أو بصدقة أو بما يخرج به ملك المشتري فالقول قول البائع»، وانظر: الذخيرة للقرافي (٧/ ٣٣٦).

(٤) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٩٠): «وإن اشترى شقصاً بعرض، واختلف في قيمته، فإن كان موجوداً عرضاه على المقومين، وإن تعذر إحضاره فالقول قول المشتري كما لو اختلفا في قدر الثمن»، وانظر: الكافي لابن قدامة (٢/ ٤٢٧).

(٥) قال السرخسي في المبسوط (١٣/ ١٣٠): «وإذا اشترى دارا بعرض بعينه وتقابضا، فاختلف الشفيع والمشتري في قيمة العرض، فإن كان قائماً بعينه يقوّم في الحال، فيتبين قيمته في الحال عند العقد، وإن كان هالكاً فالقول فيها قول المشتري؛ لأنهما اختلفا في مقدار ما يلزم الشفيع من الثمن»، وانظر: البحر الرائق لابن نجيم (٨/ ١٥٠)، تبيين الحقائق للزيلعي (٤/ ١٣٨، ١٣٩)، بداية المبتدي (١/ ٢٠٩).

ومالك[١] أيضاً: يُفيد الإثبات بما يشبه، كما لو اختلفا في قدر الثمن.

وإن تلف العوض واختلفا في صفته فالقول قول المشتري، كما في اختلافهما في قدر الثمن[٢].

فصل

وإن أقاما بينة بقيمة العَرضَ، فالأظهر التعارض لإتحاد المتعلق، ويحتمل تقديم بينة الشفيع كما في بينتهما بقدر الثمن وهو قول بعض الحنفية[٣].

فرع

ادعى المشتري جهل قيمة العرض، فعلى ما مر من دعوى جهل الثمن، ذكره المصنف[٤].

● **المسألة الثانية:**

قال البائع: الثمن ألفان، وقال المشتري: ألف، إن ثبت ما يقول

---

(١) قال القرافي في الذخيرة (٧/ ٣٣١): «إذا اختلف المبتاع والشفيع في قيمة العرض المشترى به فات بيد البائع أم لا: ينظر لقيمته يوم البيع؛ لأنه مقصود المعاوضة، فإن هلك بيد المبتاع صدق مع يمينه؛ لأنه غارم. فإن جاء بما لا يشبه صدق الشفيع فيما يشبه، فإن أتيا بما لا يشبه وصفه المبتاع وحلف على صفته وأخذ الشفعة بقيمة تلك الصفة يوم البيع، فإن نكل المبتاع حلف الشفيع على ما يصفه هو وأخذ بقيمة صفته»، وانظر: الاستذكار لابن عبد البر (٧/ ٧٩)، مواهب الجليل للخطاب (٥/ ٣١٦).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٩٠)، الكافي لابن قدامة (٢/ ٤٢٧)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٩٠)، المبدع لابن مفلح (٥/ ٢١٤)، الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٨٨)، فتح الملك العزيز لابن البهاء (٤/ ٢٦٧).

(٣) قال السرخسي في المبسوط (١٣/ ١٣٠): «وإن أقاما البينة. فعلى طريقة أبي يوسف عن أبي حنيفة البينة بينة الشفيع؛ لأنها ملزمة، وبينة المشتري غير ملزمة».
انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٤/ ١٣٨)، تبيين الحقائق للزيلعي (٦/ ٣٦٥).

(٤) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٩٠): «وإن ادعى جهل قيمته، فهو على ما ذكرنا فيما إذا ادعى جهل ثمنه».

المشتري أخذ الشفيع به بغير إشكال، وإن ثبت ما يقول البائع وهو مسألة المتن فللشفيع الأخذ بما قاله المشتري، مع أخذ البائع ما أثبته منه[(١)] وهو قول الشافعي[(٢)]، وأشهب[(٣)]، خلافاً لأبي حنيفة[(٤)]، وابن الماجشون[(٥)] وأَصبغ[(٦)(٧)]؛ لأنه إنما يأخذ بالعوض المعقود عليه، وقد

---

(١) قال السامري في المستوعب (٢/ ١٠٠): «وإذا قال المشتري: اشتريت الشقص بألف، ثم أقام البائع البينة أنه اشتراه بألفين، فللشفيع أخذه بألف واحدة»، وانظر: الهداية لأبي الخطاب (٣٢٣)، الكافي لابن قدامة (٢/ ٤٢٨)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٩٢)، الإقناع للحجاوي (٢/ ١٢٥).

(٢) قال العمراني في البيان (٧/ ١٧٣): «وإن أقر المشتري أنه أشترى الشقص بألف، فأخذ منه الشفيع بالألف، ثم قال البائع: إنما بعته إياه بألفين، وصادقه المشتري على ذلك أو أنكره، وأقام عليه البينة بذلك لزم الألفان على المشتري ولا يلزم ذلك على الشفيع»، وانظر: الحاوي الكبير للماوردي (٧/ ٢٩٠)، المهذب للشيرازي (١/ ٣٨٣)، الإقناع للشربيني (٢/ ٣٤٠).

(٣) قال القرافي في الذخيرة (٧/ ٣٣٧): «وإذا اختلف البائع والمشتري في قدر الثمن في خمسين ومائة تحالفا وتفاسخا، وسقطت الشفعة، فإن نكل المشتري وحلف البائع أخذ بمائة، واختلف بما يشفع، فقال: أشهب: بخمسين؛ لأنها التي أقربها المشتري، ويقول: ظلمني البائع بيمينه، ولو رجع المشتري إلى ما قاله البائع ما قبل منه، وقال عبد الملك بمائة؛ لأن الثمن المحلوف به، فإن أحب الشفيع قبل فسخ العقد والأخذ بمائة فله على قول ابن القاسم وليس له عند أشهب». انظر: بداية المجتهد لابن رشد (٤/ ١٤١٧).

(٤) قال السرخي في المبسوط (١٣/ ١٢٥): «وإذا أقرّ لرجل انه أشترى داراً بألف درهم، فأخذها الشفيع بذلك، ثم ادعى البائع أن الثمن ألفان، وأقام البينة، فإنه يؤخذ ببينته لأنها يثبت بها حقه، ويرجع الشفيع على المشتري بألف أخرى؛ لأن الشفيع إنما يأخذها بالألف الذي سلمت به للمشتري»، وانظر: بدائع الصنائع للكاساني (٤/ ١٣٧)، الهداية للمرغيناني (٨/ ٣١٧)، العناية للبابرتي (٨/ ٣١٧).

(٥) انظر: الذخيرة للقرافي (٧/ ٣٣٧).

(٦) انظر: بداية المجتهد لابن رشد (٤/ ١٤١٧)، الذخيرة للقرافي (٧/ ٣٣٧).

(٧) قال ابن الحاجب في جامع الأمهات (١/ ٤١٩): «ولو تنازعا في قدر الثمن كالقول قول المشتري فيما يشبه بيمين وإلا فقول الشفيع، وقال أشهب: قول المشئوي فيما يشبه بغير يمين وفي غيره بيمين»، وانظر: بداية المجتهد لابن رشد (٤/ ١٤١٧)، الذخيرة للقرافي (٧/ ٣٣٧).

تبين بالبينة [أنه][1] ألفان، فوجب الأخذ به، وإقرار المشتري ها هنا غير ملزم، كما أن استحقاق المبيع بالبينة يوجب استرجاع الثمن من البائع، وإن كان أقر له بالمبيع قبل الشراء.

لنا: أن المشتري مقر بجريان البيع بألف مكذب للبينة فيما زاد فكان مؤاخذاً به[2].

وإن تحالفا لعدم البينة لم يأخذ الشفيع بدون [أن يحلف][3] عليه البائع [٢٢٤/أ] كما قدم، وإن رضيه المشتري بما قال البائع فللشفيع أخذه بما قال المشتري، كما ذكرنا في مسألة البينة وأولى[4].

وإن عاد المشتري فصدق البائع وقال: كنت غالطا فهل يقبل قوله؟ فيه ما سنذكره.

- **المسألة الثالثة**:

قال المشتري: نسيت أو غلطت في الثمن، فهذا بناه الأصحاب على دعوى الغلط في المرابحة[5]. هل يقبل أو لا؟

---

(١) ورد في المخطوط: (أن)، والأصوب ما أثبت؛ لمناسبته سياق الجملة.

(٢) قال المرداوي في الإنصاف (٦/٢٨٨): «وإن قال المشتري: اشتريته بألف، وأقام البائع بينة أنه باعه بألفين، فللشفيع أخذه بالألف، بلا نزاع».
وانظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٩٤، ٤٩٥)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٩٢).

(٣) ورد في المخطوط: (بدون حلف)، والأولى ما أثبت، لصحة المعنى، وكما ورد في المغني (٧/ ٤٩٥)، قال ابن قدامة: «إن لم تكن للبائع بينة فتحالفا فللشفيع أخذه بما حلف عليه البائع».

(٤) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٩٥)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٩٢).

(٥) بيع المرابحة: هو البيع برأس المال وربح معلوم ويشترط لها علم البائع والمشتري برأس المال وصفتها: أن يبيعه بالربح فيقول: رأس مالي فيه مائة، بعته بها وربح عشرة.
وبيع المرابحة بهذه الصفة لا خلاف في جوازه.
فإذا ادعى البائع غلطا وأن الثمن أكثر مما أخبر به ففي المسألة عند الحنابلة روايات أربع:
الأولى: لا يقبل قوله إلا ببينة مطلقاً، وهو المذهب. =

ولهذا ذكر المصنف(١): فيه وجهين: و[كذلك](٢) أبو الخطاب(٣)، والسامري(٤)، وصاحب التلخيص(٥) وغيرهم(٦)، أخذاً من الروايتين هناك. **وأشهرهما**: القبول مع يمينه. والأقوى ههنا كذلك، وهو قول القاضي(٧) والحنفية؛(٨) لأن ما يقوله ممكن، فكما لو قال: له على عشرة لكني قضيته، ولا سيما إذا كان أقام بينة، **والأخرى**: عدم القبول،

= **الثانية**: يقبل قوله مطلقاً مع يمينه.
الثالثة: يقبل قوله إن كان معروفاً بالصدق، وإلا فلا.
الرابعة: لا يقبل قوله، وإن أقام بينة حتى يصدق المشتري.
انظر: الكافي لابن قدامة (٢/ ٩٤)، المغني لابن قدامة (٦/ ٢٧٥)، الإنصاف للمرداوي (٤/ ٤٢٩).

(١) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٩٥): «فإن قال المشتري: صدقت البينة، وكنت أنا كاذباً أو ناسياً، ففيه وجهان: **أحدهما**: لا يقبل رجوعه؛ لأنه رجوع عن إقرار تعلق به حق آدمي غيره، فأشبه ما لو أقر له بدين. **والثاني**: يقبل قوله. وقال القاضي: هو قياس المذهب عندي، كما لو في المرابحة بثمن ثم قال: غلطت والثمن أكثر، قبل قوله مع يمينه».

(٢) ورد في المخطوط: (لذلك)، الأولى ما أثبت، لصحة المعنى.

(٣) قال أبو الخطاب في الهداية (٤٢٤): «فإن قال المشتري: غلطت في قولي. فهل يقبل قوله مع يمينه؟ على وجهين بناء على المخبر في المرابحة إذا قال غلطت، فالثمن آكد. فهل يقبل قوله مع يمينه على وجهين».

(٤) قال السامري في المستوعب (٢/ ١٠٠): «فإن قال المشتري: غلطت في قولي. فهل يقبل قوله مع يمينه؟ على وجهين، أصلهما الروايتان في قبول المخبر في المرابحة إذا قال: غلطت، والثمن أكثر».

(٥) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٨٨): «وأطلقهما في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغني، والتلخيص، والشرح، والفروع، والفائق».

(٦) انظر: المرجع السابق.

(٧) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٩٥)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٩٢)، الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٨٨).

(٨) قال السرخسي في المبسوط (١٧/ ٤٨٣): «ولو ادعى غلطاً في الذرع فقال: أصابني ألف وأصابك ألف فصار في يدك ألف ومائة، وفي يدي تسعمائة. وقال الآخر: أصابك ألف وأصابني ألف، فقبضتها ولم أزد، فالقول قول الذي يدعي قبله الغلط مع يمينه». انظر: العناية للبابري (١٤/ ٦٧).

وهو ما جزم به في «الكافي»[١]، وقال به المالكية[٢]، لتعلق حق الغير بما قال أولاً فلم يقبل رجوعه، ثم قالوا[٣]: إن أقام بينة في المرابحة فهل تقبل؟ على روايتين: **إحداهما**: لا؛ لتكذيبه لها بما سبق من إقراره، **والأخرى**: نعم، وهو الأصح عند المصنف[٤]؛ لأنها بينة شهدت بأمر ممكن، فقبلت كسائر البينات، فتخرج ههنا [كذلك][٥] ونقل أبو طالب[٦] في المرابحة إن كان البائع معروفا بالصدق قُبل قوله: [وإلا][٧] فيخرج مثله ههنا أيضاً.

ثم لا فرق في دعوى الغلط بين وقوعها ابتداء، أو تصديقا لبينة البائع بعد قيامها، غير أن صورة التصديق لا يطرد فيها الوجه المخرج على رواية أبي طالب، إذ البينة آكد من كون المشتري معروفاً بالصدق.

ومن الأصحاب من أبا الإلحاق بمسألة المرابحة، قال ابن عقيل[٨]: عندي أن دعواه لا تقبل؛ لأن من مذهبنا أن الذرائع[٩]

---

(١) قال ابن قدامة في الكافي (٢/ ٤٢٨): «فإن قال المشتري: غلطت، والثمن ألفان، لم يقبل رجوعه؛ لأنه رجوع عن إقراره، فلم يقبل كما لو أقرّ لأجنبي».

(٢) قال القرافي في الذخيرة (٧/ ٣٣٥ ـ ٣٣٨): «وإذا قال المشتري نسيت الثمن لطول المدة أو مات المشتري، وقالت الورثة لا علم عندنا، أو كان الشفيع غائباً أو صغيراً سقطت الشفعة عند ابن القاسم»، وانظر: حاشية الدسوقي (٣/ ١٩٠).

(٣) أي: الحنابلة.

(٤) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٩٥): «كما لو أخبر في المرابحة بثمن، ثم قال غلطت والثمن أكثره قبل قوله مع يمينه، بل ها هنا أولى؛ لأنه قد قامت البينة بكذبه، وحكم الحاكم بخلاف قوله، فقبل رجوعه عن الكذب».

(٥) ورد في المخطوط: (لذلك)، والأولى ما أثبت، لصحة المعنى.

(٦) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٨٩): «ونقل أبو طالب في المرابحة: إن كان البائع معروفاً بالصدق قبل قوله، وإلّا فلا».

(٧) ورد في المخطوط: (وإن لا)، والأصوب ما أثبت.

(٨) انظر: الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٨٩).

(٩) المقصود بالذرائع: الوسائل والذريعة: الوسيلة، وقد تذرع فلان بذريعة؛ أي: توسل والجمع الذرائع. =

محسومة، وهذا فتح لباب الاستدراك لكل قول يوجب حقاً، ثم فرق بأن المرابحة كان فيها أمينا حيث رجع إليه في الإخبار [بالثمن][(١)]، وليس المشتري أمينا للشفيع وإنما هو خصمه فافترقا.

• **المسألة الرابعة:**

ادعى على شريكه أنك اشتريت نصيبك فلي أخذه بالشفعة، وأنكره.

فتحرير دعواه[(٢)] تحديد العقار والإلمام بقدر الشقص بالثمن[(٣)]، وقوله في المتن: «أنك اشتريته بألف». ليس بنيتهما على النزاع في قدر الثمن، بل استطراداً فيما ذكرنا من التحرير، فإذا أنكر فإما ألا بينة، فالقول قوله مع يمينه يحلف على حسب إنكاره، فإن [أجاب][(٤)] [٢٢٤/ب] بأن لا يستحق عليه شيئاً حلف عليه لشموله الدعوى. وإن [أجاب][(٥)] بأن

= انظر: لسان العرب لابن منظور (٨/ ٩٦)، مختار الصحاح للرازي (١/ ٩٣).
والذريعة: هي المسألة التي ظاهرها الإباحة، ويتوصل بها إلى فعل محظور.
وهي مختلف حكمها عند مالك وابن حنبل، وأباحها أبو حنيفة والشافعي.
وقال ابن الرفعة: الذريعة ثلاثة أقسام: **أحدها**: ما يقطع بتوصيله الحرام فهو حرام عندنا وعندهم؛ يعني: الشافعية والمالكية، **والثاني**: ما يقطع بأنه لا يوصل ولكن اختلط بما يوصل، فكان من الاحتياط سد الباب، **والثالث**: ما يحتمل ويحتمل، وفيه مراتب ويختلف الترجيح عندهم بسبب تفاوتها».
انظر: البحر المحيط للزركشي (٤/ ٣٨٤ ـ ٣٨٦)، إرشاد الفحول للشوكاني (١/ ٤١١ ـ ٤١٣)، المدخل (١/ ٢٩٦).

(١) في المخطوط: (باليمين)، والمثبت في الأصل هو المناسب للسياق.
(٢) فعلى المذهب أن الدعوى لا تصح إلا محررة تحريرا يعلم به المدعى؛ لأن الحكم مرتب عليها، فالواجب أن من ادعى مجملا استفصله الحاكم.
انظر: الإنصاف للمراودي (١١/ ٢٥٣)، الروض المربع للبهوتي (٥٤٢).
(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٩٠)، الكافي لابن قدامة (٢/ ٤٢٧)، المبدع لابن مفلح (٥/ ٢٢٧)، الإقناع للحجاوي (٢/ ١٢٥).
(٤) في المخطوط: (أجاز)، والمثبت في الأصل هو المناسب للسياق.
(٥) في المخطوط: (أجاز)، والمثبت في الأصل هو المناسب للسياق.

لا شفعة له أو لا يلزمه التسليم إليه فكذلك، لوروده على قطب[١] الدعوى ونتيجته، ولا يكلف الحلف على نفي الشراء ذكره القاضي وابن عقيل وقال به الشافعي[٢]؛ لأن الشفعة قد تنتفي مع وقوع الشراء، لقيام مانع من عفو وغيره، أو لتخلف شرط من سبق ملك ونحوه.

وهذا كالجواب بنفي الاستحقاق المطلق في دعوى الدين[٣]، يحلف عليه ولا يلزم بالحلف على نفي سببه، لجواز تخلف الاستحقاق لقضاء أو إبراء، والغرض هو الاستحقاق إثباتا أو نفيا فلا يكلف الإلمام بما عداه.

وإن أجاب بنفي الشراء حلف عليه؛ لأنه أصل الدعوى لفظا ومعنى.

وإن أضاف إليه دعوى الاتهاب أو الإرث كما صور المصنف[٤]، حلف عليه أيضاً[٥]: لأنه أتى به تأكيدا للنفي، فكان من توابعه، ومتى

(١) قطب الدعوى: قطب الشيء وقَطَبَه، والقطب: ملاك الشيء ومداره.
جمعه: أقطاب وقطوب وقطبه.
انظر: لسان العرب (١/ ٦٨٢)، القاموس المحيط (١/ ١٦١).

(٢) قال الماوردي في الحاوي (٧/ ٢٨٨): «وإذا ادعى عليه أنه اشترى شقصاً له فيه شفعة فعليه البينة وعلى المنكر اليمين، فإن نكل وحلف الشفيع قضيت له بالشفعة»، وانظر: المهذب للشيرازي (١/ ٢٠٥)، البيان للعمراني (٧/ ١٧٥).

(٣) دعوى الدين المطلق وذلك بدون تقيده بالحلول ولا تقبل دعوى الدين إلا ببينة؛ لأن الأصل براءة الذمة، ويقول في دعوى الدين: أن المدين ممتنع من الأداء الواجب عليه، وإنما يتعرض لوجوب الأداء؛ لأن الدين المؤجل لا يجب أداؤه في الحال.
انظر: درر الحكام لعلي حيدر (٤/ ١٦٧)، حاشية الرملي (٤/ ٣٩٠)، الكافي لابن قدامة (٤/ ٣٦٩).

(٤) المقصود قول المصنف في المتن: «وإن ادعى أنك اشتريته بألف، قال: بل اتهبته أو ورثته».

(٥) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٩٠)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٩٦، ٤٩٧)، المبدع لابن مفلح (٥/ ٢٢٧)، الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٨٩، ٢٩٠)، الإقناع للحجاوي (٢/ ٦٢٥).

حلف في ذلك كله بريء، وإن نكل وجب للمدعي الأخذ لقيام النكول[١] مقام الإقرار على ما هو مقرر في موضعه، وكذلك ما لو أقام المدعي بينة بالشراء ثبت له الأخذ لثبوت الموجب، ثم إن اختار المشتري أخذ الثمن في الحالين، سلم إليه، وإن أصر وقال لا استحق الثمن ففي «الكتاب»[٢] يقال له: إما أن تقبل الثمن أو تبرئ منه، وهو ما قال القاضي[٣]، لصيرورة الثمن مستحقاً له، فيقال له: الأمران تحصيلاً لبراءة الشفيع، وهذا كسيد المكاتب[٤] إذا جيء بالنجوم فقال: هو حرام[٥]، يجبر على قبوله أو الإبراء منه.

---

(١) قال المرداوي: إذا قضى بالنكول، فهل يكون كالإقرار، أو كالبذل؟ فيه وجهان: قال أبو بكر في الجامع: النكول إقرار. وقال ابن القيم في الطرق الحكمية: والصحيح أن النكول يقوم مقام الشاهد والبينة، لا مقام الإقرار والبذل؛ لأن الناكل قد صرح بالإنكار، وأنه لا يستحق المدعى به، وهو يصرّ على ذلك فتورع عن اليمين فكيف يقال: إنه مقر مع إصراره على الإنكار ويجعل مكذباً لنفسه».
انظر: الإنصاف (١١/ ٢٣٩).

(٢) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٩١): «وإن قال: لا أستحقه، ففيه ثلاثة أوجه:
أحدها: يقر في يد الشفيع إلى أن يدعيه المشتري، فيدفع إليه، كما لو أقر له بدار فأنكرها.
والثاني: أن يأخذه الحاكم فيحفظه لصاحبه إلى أن يدعيه المشتري، ومتى ادعاه دُفِع إليه.
والثالث: يقال له: إما أن تقبضه، وإما أن تبرئ منه، كسيد المكاتب، إذا جاءه بمال المكاتبة، فادعى أنه حرام، اختار هذا القاضي».

(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٩١)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٩٧)، المبدع لابن مفلح (٥/ ٢٢٧)، الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٩٠).

(٤) الكتابة: إعتاق السيد عبده على مال في ذمته يؤدى مؤجلاً، سميت كتابة؛ لأن السيد يكتب بينه كتاباً بما اتفقا عليه.
انظر: المغني لابن قدامة (١٤/ ٤٤١).

(٥) الحرام: لغة المنع وهو ضد الواجب مأخوذ من الحرمة وهي ما لا يحل انتهاكه.
وشرعاً: ما ذمّ فاعله ولو قولاً أو عمل قلب ويسمى محظوراً وممنوعاً ومزجوراً ومعصية وذنباً وقبيحاً، وإثماً وسيئة وفاحشة.
انظر: البحر المحيط في أصول الفقه للزركشي (١/ ٢٠٤)، الحدود الأنيقة للأنصاري (١/ ٧٦)، المدخل لابن بدران (١/ ١٥٣).

قال ابن عقيل: والعلة في الجميع أنه لا يقبل قوله عليه؛ لأنه يريد أن يجعل دفعه للمال غير مبرئ.

وفي «المغني»[(١)] وجهان آخران:

أحدهما: يحفظه الحاكم إلى أن يدعيه مالكه ومتى ادعاه المشتري أخذه.

الثاني: يقر في يد الشفيع إلى أن يدعيه المشتري فيأخذه، كما لو أقرّ له بدار وأنكرها، قال: وهذا أولى إن شاء الله تعالى.

ونقل غيره: أنه المذهب[(٢)].

وفرّق ـ أعني: المصنف[(٣)] ـ بينه وبين مسألة المكاتب، بأن السيد يطالب بالوفاء من غير الذي أتاه به، فلا يجب بمجرد [دعوى][(٤)] التحريم، وهذا لا يطالب الشفيع بشيء فلا ينبغي أن يكلف الإبراء مما لا يدعيه.

فصل

أقام المنكر بينة بالاتهاب أو الإرث، فلا تردد في القضاء بها[(٥)].

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة: (٧/ ٤٩٠).

(٢) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٩٠): «وقيل: يبقى في يد الشفيع إلى أن يدعيه المشتري فيدفعه إليه. قال المصنف والشارح: وهذا أولى. قال الحارثي: ونقل غيره أنه المذهب».

(٣) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٩٠): «وهذا مفارق للمكاتب؛ لأن سيده يطالبه بالوفاء من غير هذا الذي أتاه به، فلا يلزمه ذلك بمجرد دعوى سيده تحريم ما أتاه به. وهذا لا يطالب الشفيع بشيء، فلا ينبغي أن يكلف الإبراء مما لا يدعيه».

(٤) هذه الكلمة أثبتها الناسخ فوق السطر بين كلمة (بمجرد) وكلمة (التحريم). وأثبتها لمناسبتها سياق الجملة. كما وردت في المغني لابن قدامة (٧/ ٤٩٠).

(٥) قال الحجاوي في الإقناع (٢/ ٦٢٥): «وإن ادعى: أنك اشتريته بألف. فقال: بل اتهبته أورثته: فالقول قوله مع يمينه. فإن نكل عنها، أو قامت للشفيع بينة، فله أخذه، ويبقى =

وإن أقامها كل منهما[١]، فإن أَرَّخَتا[٢]، والتأريخ متحد فهما متعارضتان[٣] [٢٢٥/أ] وإن سبق تاريخ الشراء فلا [منافاة][٤]، لإمكان الانتقال بعد الشراء، وعود بالإرث والهبة، وإن سبق تاريخ الإرث فهما متعارضتان، لاستحالة الشراء من زيد بعد الإرث منه، وإن كان تاريخ الاتهاب سابقاً، قُضِيَ بالشفعة ولا بد؛ لأنه الآن مالك بالشراء، وإن أُطلقتا فمتعارضتان[٥].

فصل

ولو قال منكر الشراء هو عارية أو وديعة، فإن أقام أحدهما بينة قُضي بها، وإلا فالقول قول المنكر مع يمينه؛ لمكان يده، ولأن الأصل عدم الشراء، فأشبه ما لو قال هو إرث أو هبة[٦].

= الثمن في يده إلى أن يدعيه المشتري»، وانظر: المبدع لابن مفلح (٥/ ٢٢٧).

(١) مرّ ذكر ذلك في تعارض البينتين.

(٢) التأريخ: تعريف الوقت. والتوريخ مثله، أرخ الكتاب ليوم غد؛ أي: وقته.
انظر: لسان العرب (٣/ ٤)، مختار الصحاح (١/ ٥).

(٣) التعارض: مصدر تعارض الشيئان: إذا تقابلا. تقول: عارضته بمثل ما صنع؛ أي: أتيت بمثل ما أتى، فتعارض البينتين أن: تشهد إحداهما بنفي ما أثبتته الأخرى أو بإثبات ما نفته، ويقصد به: تقابل الدليلين على سبيل الممانعة.
انظر: المطلع للبعلي (١/ ٤٠٥)، إرشاد الفحول للشوكاني (١/ ٤٥٥).

(٤) ورد في المخطوط: (منافات)، والأصوب ما أثبت.

(٥) قال العمراني في البيان (٧/ ١٦٧): «قال المزني: ولو أقام الشفيع البينة بالشراء وأقام من بيده الشقص البينة أنه ورثها، تعارضت البينتان؛ لأن الشراء ينافي الميراث، فتكون على قولين: أحدهما: تسقطان، والثاني: تستعملان»، وانظر: الحاوي للماوردي (٧/ ٢٨٨)، فتح العزيز للرافعي (١١/ ٤٧٣)، روضة الطالبين للنووي (٤/ ١٨١)، مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٣٠٤).

(٦) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٩٢): «وإن ادعى على الوكيل أنك اشتريت الشقص الذي في يدك فأنكر، قال: إنما أنا وكيل فيه، أو مستودع له، فالقول قوله مع يمينه فإن كان للمدعي بينة حكم له بها».
وانظر: الشرح الكبير لابن قدامة (٥/ ٤٩٦).

وقال القاضي وابن عقيل: يُقْضَى للشفيع بيمينه؛ لأن الإيداع قد يصح بعد عقد البيع.

وهذا لا يصح، فإن الشفيع مدع والمدعي ليس جهة لليمين والإيداع بعد البيع: إن أريد به حق انتقال الملك عنه وعود المبيع بالإيداع فمُسَلَّم، ولكن لا يفيد ما قال كما لا تفيده دعوى الاتهاب في هذه الحالة مع إمكان نقل الملك بعد الشراء وعوده بالهبة، وإن أريد به الإيداع مع بقاء ملكِهِ بالبيع فباطل.

وإن كان لكل منهما بينة، فإن اتحدتا تأريخا فمتعارضتان، وإن سبق تأريخ الإيداع أو أُطلقتا قضي بالشفعة، ولا منافاة، إذ ربما أودعه أو أعاره ثم باعه، وإن سبق تأريخ الابتياع، فكذلك يقضى [بالشفعة]، وبه قال الشافعية[١]؛ لثبوت حق الشفعة بالبيع، والإيداع أو الإعارة لا يثبت به السقوط.

فصل

وإن قال المنكر: اشتريته لفلان، فلا خصومة لك معي، فالمضاف إليه إما[٢] حاضر أو غائب وإما بالغ أو صبي.

(١) قال النووي في روضة الطالبين (٤/ ١٨١): «وإن جاء ببينة أن الغائب أودعه إياه أو أعاره، فإن لم يكن للبينتين تاريخ، أو سبق تاريخ الإيداع، فلا منافاة فيقضي بالشفعة؛ لأنه ربما أودعه ثم باعه، وإن سبق تاريخ البيع، فلا منافاة أيضاً، لاحتمال أن البائع غصبه بعد البيع ثم رده إليه بلفظة الإيداع، فاعتمده الشهود، فإن انقطع الاحتمال بأن تاريخ الإيداع متأخر، وقال الشهود: أودعه، وهي ملكه، فها هنا يراجع الشريك القديم، فإن قال وديعة سقط حكم الشراء، وإن قال: لا حق لي فيه، قضى بالشفعة».
وانظر: الحاوي للماوردي (١/ ٢٨٨)، البيان للعمراني (٧/ ١٦٧)، فتح العزيز للرافعي (١١/ ٤٧٣)، فتح الوهاب (١/ ٤٠٩)، مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٣٠٤).

(٢) إما: من الحروف التي تفيد الشك والتخيير وهي هنا وقعت بين المبتدأ والخبر =

إن كان حاضراً بالغاً استدعاه الحاكم وسأله، فإن صدق فالخصومة معه، وكان الشراء له والشفعة عليه، وإن أقر بالملك وأنكر الشراء، فالقول قوله مع يمينه؛ لأن الأصل معه، وإن كذب فالشراء لازم حكماً للمدعى عليه وعليه الشفعة لإقراره بنقل الشراء ولم يَثبت كونه للغير(١).

وإن كان غائباً بالغاً ففي المغني(٢) يأخذه الحاكم أو يدفعه إلى الشفيع ثم الغائب على حجته إذا قدم وهو مذهب الشافعي(٣)؛ لأنا لو وقفنا الأمر على حضور الغائب لأدّى إلى إسقاط الشفعة؛ لأن كل مشتر يدعي أنه الغائب.

وإن كان المضاف إليه طفلاً، فإما لا ولاية له عليه، فكالغائب،

= (إما حاضرٌ أو غائب وإما بالغ أو صبي)، وأما المضمر بعدها نقدره بأنه مبتدأ عائد على المضاف إليه.
وقد نقدر المضمر بعد إما بأنه مبتدأ محذوف جوازا. انظر: معاني الحروف للرماني (١٣٩)، الجنى الداني للمرادي (٥٢٨ ـ ٥٣٣).

(١) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٩١): «إن قال: اشتريته لفلان وكان حاضراً، استدعاه الحاكم، وسأله، فإن صدقه كان الشراء له، والشفعة عليه، وإن قال هذا ملكي، ولم أشتره، انتقلت الخصومة إليه، وإن كذبه، حكم بالشراء لمن اشتراه وأخذ منه بالشفعة»، وانظر: الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٩٨)، المبدع لابن مفلح (٥/ ٢٢٨).

(٢) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٩١): «وإن كان المُقرُّ له غائبا، أخذه الحاكم ودفعه إلى الشفيع، وكان الغائب على حجته إذا قَدِمَ؛ لأننا لو وقفنا الأمر في الشفعة إلى حضور المقر له، لكان في ذلك إسقاط الشفعة؛ لأن كل مشتر يدعي أنه الغائب».

(٣) قال العمراني في البيان (٧/ ١٦٥، ١٦٦): «فإن قال المدعى عليه: اشتريته لفلان، نظرت: فإن كان المقر له حاضراً. سئل فإن صدقه، كان الشراء له، والشفعة عليه، وإن كذبه، قال ابن الصباغ: كان الشراء للذي اشتراه، وأخذ منه بالشفعة وإن كان المقر له غائبا، أخذه الحاكم من المقر، ودفعه إلى الشفيع وكان القادم على حجته إذا قدم؛ لأنّا إذا وقفنا الأمر بالشفعة إلى حضور المقر له، كان في ذلك إسقاط الشفعة؛ لأن كل مشتر يمكن أن يدعي أنه اشتراه لغائب»، وانظر: الحاوي للماوردي (٧/ ٢٨٨)، فتح العزيز للرافعي (١١/ ٤٧٥)، روضة الطالبين للنووي (٤/ ١٨٢)، الإقناع للماوردي (٢/ ٣٠٥).

لما ذكرنا، وإما له ولاية عليه، فلنا وللشافعية وجهان حكاهما المصنف[١].

أحدهما: انتفاء [٢٢٥/ب] الشفعة؛ لأن الملك ثبت للطفل بإقراره، ولا شفعة للطفل بإقرار الولي عليه.

والثاني: ثبوت الشفعة؛ لأنه ملك الشراء له فملك الإقرار فيه، كما في الإقرار بعيب في مبيعه.

وإن أضاف المنكر الملك إلى غائب أو طفل، ثم أقر بشرائه له، ففي المغني[٢]، وغيره[٣] لا تثبت فيه الشفعة إلا ببينة، أو يقدم الغائب ويبلغ الطفل فيطالبهما بها لثبوت الملك لهما بإقراره، فإقراره بالشراء يعد إقراراً في ملك الغير فلم يقبل[٤]، بخلاف ما لو أقر بالشراء ابتداء؛ لأن الملك يثبت لهما بذلك الإقرار المثبت للشفعة، وإن لم يذكر سبب الملك لم يسأل الحاكم عنه، ولم يُطالب ببيانه؛ لأنه لو صرح بالشراء لم تثبت به شفعة فلا فائدة في الكشف عنه. انتهى.

---

(١) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٩١): «وإن قال: اشتريته لابني الطفل، أو لهذا الطفل، وله عليه ولاية ففيه وجهان، أحدهما، لا تثبت الشفعة؛ لأن الملك ثبت للطفل، ولا تجب الشفعة بإقرار الولي عليه؛ لأنه إيجاب حق في مال الصغير بإقرار وليه. الثاني: تثبت؛ لأنه يملك الشراء له، فصح إقراره فيه كما يصح إقراره بعيب في مبيعه.. ثم قال: ومذهب الشافعي في هذا الفصل كمذهبنا».

(٢) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٩١، ٤٩٢).

(٣) انظر: الكافي لابن قدامة (٢/ ٤٢٧)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٩٨، ٤٩٩)، المبدع لابن مفلح (٦/ ٢٢٦)، الإقناع للحجاوي (٢/ ٢١٦).

(٤) فالبيّنة: حجة متعدية، والإقرار: حجة قاصرة «فالإقرار حجة قاصرة على نفس المقر لا تتجاوزه إلى غيره لأن كونه حجة ينبني على زعمه وزعمه ليس بحجة على غيره». انظر: القواعد الفقهية للزرقا. وقال البهوتي في الروض المربع (٥٥٨): «وإن باع شيئاً أو وهبه أو اعتقه، ثم أقر البائع أو الواهب أو المعتق أن ذلك الشيء المبيع أو الموهوب أو المعتق كان لغيره، لم يقبل قوله؛ لأن إقرار على غيره»، وانظر: المغني لابن قدامة (١٤/ ٣١١).

فصل

دار بين حاضر وغائب، ادعى الحاضر على من بيده نصيب الغائب أنه اشتراه منه، وله الشفعة فيه، فصدقه، فللحاضر أخذه بالشفعة، ذكره المصنف[(١)] وغيره[(٢)].

وقال به أبو حنيفة[(٣)]، والشافعية[(٤)] في أحد الوجهين، وفي الآخر: لا؛ لأنه إقرار على الغير، والإقرار على الغير دعوى.

لنا: أنه إقرار بما في اليد، فقبل، كما لو أقرّ بأصل ملكه، وكذلك ما لو ادعى أنه باع عن الغائب بإذنه وصدقه، كان له الأخذ، ذكره الأصحاب[(٥)] [القاضي][(٦)] وغيره، وقال به الشافعية[(٧)]؛ لأن الإنسان يصدق على التصرف فيما في يده، ثم الغائب على حجته في [كلتا][(٨)]

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٩٢).

(٢) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٩٩).

(٣) قال الطحاوي في مختصر اختلاف العلماء (٤/ ٢٥١، ٢٥٢): «قال أصحابنا: إذا أقر رجل في يده دار أنه اشتراها، فللشفيع أخذها مع غيبة البائع، وإن حضر البائع فجحد البيع، أخذها وبطلت الشفعة، إذا لم يكن بينة، وهو قول الشافعي».

(٤) قال النووي في روضة الطالبين (٤/ ١٨١): «أن يقر بأنه كان لذلك الغائب فاشتراه منه، فهل للمدعي أخذه، وجهان: **أحدهما**: لا، إذ لا يقبل قوله على الغائب، فيوقف الأمر حتى يكاتب، هل هو مقر بالبيع، **وأصحهما**: نعم، لتصادقهما على البيع ويكتب القاضي في السجل أنه أثبت الشفعة بتصادقهما، فإذا قدم النائب فهو على حقه»، وانظر: الحاوي للماوردي (٧/ ٢٩٧، ٢٩٨)، مغني المحتاج (٢/ ٣٠٥).

(٥) قال ابن قدامة في المغني (٦/ ٣٤٦): «قال أحمد: يجوز للوصي البيع على الغائب البالغ. وقال أصحابنا: يجوز للوصي البيع على الصغار والكبار».

(٦) أثبتها الناسخ فوق السطر بين كلمتي: (الأصحاب) و(غيره)، وأثبتها لمناسبتها سياق الجملة.

(٧) انظر: الحاوي للماوردي (٧/ ٢٩٧، ٢٩٨)، روضة الطالبين للنووي (٤/ ١٨١)، مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٣٠٥).

(٨) ورد في المخطوط: (كلا)، والأصوب ما أثبت لموافقته اللغة، ولأن هذا هو الفصيح في الاستعمال العربي لأن كلتا مؤنث كلا وتضافإلى المثنى المؤنث وهو مثل كلا في إحكامه. =

الصورتين، إن قدم وصدق فذاك، وإن أنكر حلف وانتزع من الشفيع إن كان أخذه، ورجع بأجرة المثل للمدة على من شاء منهما، والقرار[١] على الشفيع، لتلف المنافع في يده، حكى ذلك القاضي، وابن عقيل وغير واحد، وهو مذهب الشافعي[٢].

وعن بعض أصحابه[٣] وجه بقرار الضمان على من في يده، لمكان الغرور[٤]، وليس بقوي.

وإن كان الذي بيده أنكر الشراء وقال: إنما أنا مستودع أو وكيل ونحو ذلك ولا بينة، فالقول قوله مع يمينه، إذ الأصل عدم الشراء[٥]، وفي المجرد والفصول يقضي للشفيع بيمينه؛ لأن الإيداع يصح بعد عقد البيع، وهو غلط وقد مر التنبيه عليه.

وإن نكل فهل يُقضى عليه بالنكول، فيه احتمالان، ذكرهما المصنف[٦]،

= انظر: المعجم الوسيط (٢/ ٧٩٧)، شرح المفصل لموفق الدين (٣/ ٢، ٣).

(١) القرار: جمع قرارة وهو مشتق من القرار. وهو لغة إثبات ما كان متزلزلاً وهو المطمئن الذي يستنقع فيه الماء.
وشرعاً: وهو إخبار عن ثبوت حق الغير على نفسه وليس بإثباته.
انظر: الفائق (٣/ ١٨٧)، لسان العرب (٥/ ٨٤)، أنيس الفقهاء (١/ ٢٤٣).

(٢) انظر: الحاوي للماوردي (٧/ ٢٩٧، ٢٩٨)، روضة الطالبين للنووي (٤/ ١٨١)، مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٣٠٥).

(٣) قال الشربيني في مغني المحتاج (٢/ ٢٣١): «وللمشتري الرجوع على الموكل ابتداء في الأصح لأن الوكيل مأمور من جهته ويده كيده وإذا غرم لا يرجع به على الوكيل لأن قرار الضمان عليه، والثاني: لا يرجع على الموكل؛ لأنه تلف تحت يد الوكيل وقد بان فساد الوكالة».
وانظر: الوسيط للغزالي (٣/ ٣٨٨)، حاشية البجيرمي (٣/ ٥٦).

(٤) الغرور: سكون النفس إلى ما يوافق الهوى ويميل إليه الطبع. والمقصود به هنا: الخديعة.
انظر: التعريفات للجرجاني (١/ ٢٠٨)، التعاريف للمناوي (١/ ٥٣٧).

(٥) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٩٢)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٩٦).

(٦) قال ابن قدامة (٧/ ٤٩٣): «فإن لم تكن بينة، وطالب الشفيع بيمينه، فنكل عنها، احتمل أن يقضي عليه؛ لأنه لو أقرّ لقضى عليه، فكذلك إذا نكل، واحتمل أن =

أحدهما: نعم؛ لقيام النكول مع الإقرار، ولو أقر يقضى عليه، فكذا إذا نكل.

والآخر: لا؛ لأنه قضاء على الغائب بغير بينة ولا [٢٢٦/أ] إقرار من في يده[(١)].

وإن أقام المدعي بينة قُضِيَ بها، وبه قال أبو حنيفة[(٢)]، والشافعي[(٣)]، كما فيما عداه من الدعاوى، وليس قضاء على الغائب بل على [حاضر][(٤)] استتبع الحكم على غائب[(٥)].

= لا يقضى عليه؛ لأنه قضاء على الغائب بغير بينه، ولا إقرار ممن الشقص بيده».

(١) ورد في المخطوط: (من في يده)، والثابت في المغني (٧/ ٤٩٣): «ولا إقرار ممن الشقص في يده».

(٢) انظر: مختصر اختلاف العلماء للطحاوي (٤/ ٢٥١، ٢٥٢).

(٣) قال العمراني في البيان (٧/ ١٦٧): «وإن كان مع المدعي بينة؛ فأقامها، ثبتت الشفعة». انظر: روضة الطالبين للنووي (٤/ ١٨١).

(٤) ورد في المخطوط: (حاظر)، والأصوب ما أثبت.

(٥) ذهب المالكية والشافعية أن النكول ليس بحجة بل لرد اليمين على المدعي ولا يثبت الحق بمجرده ولكن ترد اليمين على المدعي إذا تم نكول المدعى عليه، ويتم نكوله بأن يقول لا أحلف أو أنا ناكل أو يقول المدعي أحلف أو تمادى على الامتناع من اليمين: فيحكم القاضي بنكوله ـ والنكول لديهم يجري مجرى الشاهد واليمين ـ وقالوا: والقول برد اليمين أولى وأصح لما روي من الأثر في ذلك وأما النكول فلا أثر فيه ولا أصل يعضده ولم نر في الأصول حقا ثبت على منكر بسبب واحد والنكول سبب واحد فلم يكن بد من ضم شيء غيره إليه كما ضم شاهد إلى شاهد مثله أو يمين الطالب.

ـ وذهب الحنابلة والحنفية إلى أن النكول كالإقرار معنى لا صريحاً، وهو بدل عن الإقرار ويعتبر حجة لديهم عند القضاء، ولا يرون رد اليمين في شيء من الحقوق والدعاوى، وهذا قول عمر وعثمان وعلي وابن عمر وابن عباس وأبي موسى وغيرهم. بل ثبت ذلك في قضاءهم. انظر: الجامع الصغير (١/ ٣٨٩)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٤٨٥)، التمهيد لابن عبد البر (٢٣/ ٢٢٢)، التاج والاكليل (٦/ ٢٢٠)، الأم للشافعي (٧/ ٣٨)، الوسيط (٧/ ٤٢٤)، فتح الوهاب للأنصاري (٢/ ٤٠٣)، الانصاف للمرداوي (١١/ ٢٦٠)، الفروع لابن المفلح (٦/ ٤٥١)، كشاف القناع للبهوي (٣/ ٢٣٦).

قال: «وإن كان عوضا في الخلع والنكاح أو عن دم عمد، فقال القاضي: يأخذه بقيمته، وقال غيره: يأخذه بالدية[(١)] ومهر المثل[(٢)]»[(٣)].

إذا قيل بالشفعة في الشقص الممهور والمجعول عوضا في خلع أو دم عمد، كما صار إليه ابن حامد[(٤)]، فقال القاضي[(٥)]، وابن عقيل[(٦)] قياس قوله، الأخذ بقيمة الشقص، وهو مذهب ابن أبي ليلى[(٧)]، وابن شبرمة[(٨)]، وابن حيي[(٩)]، ....

---

(١) الدية في الأصل المصدر ثم سمي بها المال المؤدي إلى المجني عليه أو إلى أوليائه كالخلق بمعنى المخلوق.
انظر: المطلع للبعلي (١/ ٣٦٣)، التعريفات للجرجاني (١/ ١٤٢)، التعاريف للمناوي (/ ٣٤٥).

(٢) مهر المثل: هو الذي يرغب به في مثلها، وركنه الأعظم النسب، ويعتبر بنساء عصبة الأب فإن تعذر فقرابة الأم.
انظر: المنثور للزركشي (٣/ ٣٤٧)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/ ٣٦٥).

(٣) انظر: المقنع لابن قدامة المطبوع (٢/ ٢٧٣)، والمخطوط (٥٥/أ).

(٤) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٩٠): «قال القاضي وابن عقيل: قياس قول ابن حامد: الأخذ بقيمة الشقص، وهو الصحيح»، وانظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٤٥)، فتح الملك العزيز لابن البهاء (٤/ ٤١).

(٥) انظر: المرجع السابق.

(٦) انظر: المرجع السابق.

(٧) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٤٥): «قال ابن شبرمة، ومالك، وابن أبي ليلى: يأخذ الشقص بقيمته. قال القاضي: وهو قياس قول ابن حامد». انظر: الإشراف لابن المنذر (١/ ٥٧)، مختصر اختلاف العلماء للطحاوي (٤/ ٢٤٤).

(٨) انظر: المرجع السابق.

(٩) قال ابن حزم في المحلى (٩/ ٨٨، ٨٩): «وقال ابن أبي ليلى وابن شبرمة، والحسن بن حيي، ومالك: يأخذ بقيمة الشقص».
والحسن بن حيي: هو الإمام الكبير، أبو عبد الله الهمداني الثوري الكوفي، ولد سنة (١٠٠هـ)، قال أحمد بن حنبل: الحسن بن صالح صحيح الرواية، صائن لنفسه في الحديث الورع. قال الذهبي: كان فقيهاً عابداً، وكان لا يرى الجمعة خلف الفاسق. مات سنة (١٦٩هـ).
انظر: تذكرة الحفاظ الذهبي (١/ ٢١٦، ٢١٧)، السير (٣٦١ ـ ٣٧١)، تهذيب التهذيب (٢/ ٤٨ ـ ٥١).

ومالك[١]، ووجه للشافعية[٢]؛ لأن المقابل ليس مالاً، فتعذر الاعتبار به مثلا أو قيمة وليس إذاً إلا قيمة الشقص، ولأن البضع[٣]، إنما يتقوم على زوج أو من جرى مجراه، والشفيع ليس واحداً منهما. ويحسن تخريجه على ما إذا وجدت المرأة بالصداق عيبا وردته أنها ترجع بقيمته، وهو مأخذ الوجه للشافعية.

وهنا تنبيه: وهو أن ما حكى المصنف عن القاضي من الأخذ بالقيمة يفيد كونه اختيار القاضي، فيستلزم اختياره للشفعة في هذه الأمور، وليس كذلك، فإنه لا يقول بثبوتها في هذه الأمور كما مر عنه في موضعه وإنما ذلك رواية في قول ابن حامد كما حكينا عنه وعن ابن عقيل، ونقل جماعة عن ابن حامد: الأخذ بمثل مهر المرأة وبالدية، منهم: الشريف أبو جعفر[٤]، والقاضي أبو الحسين، وابن بكروس[٥]،

---

(١) قال ابن القاسم في المدونة (١٤/ ٤١١): «(قلت): أرأيت إن كان المشتري قد تزوج بما اشترى، ثم جاء الشفيع فأخذ بالشفعة، بم ترجع المرأة على زوجها في قول مالك (قال): ترجع عليه بقيمة ما أخذ منها يوم نكحها به»، وانظر: الذخيرة للقرافي (٧/ ٣٢٥)، حاشية الخرشي للخرشي (٧/ ٧٣).

(٢) قال الماوردي في الحاوي الكبير (٧/ ٢٥٠): «فإذا ثبت وجوب الشفعة في الصداق والخلع، فمذهب الشافعي ﷺ أنه مأخوذ بمهر المثل، وقال مالك، وابن أبي ليلى: يؤخذ بقيمته لا بمهر المثل، وحكي نحوه عن الشافعي ﷺ في القديم؛ لأن المهور يزاد فيها وينقص، فخالفت البيوع»، وانظر: الوسيط للغزالي (٤/ ٧٤)، البيان للعمراني (٧/ ١٣٠)، روضة الطالبين للنووي (٤/ ١٧١)، الإقناع للشربيني (٢/ ٣٣٩ - ٣٤٠).

(٣) البضع: بالضم، جمعه أبضاع وهو: النكاح، والمباضعة: المجامعة: وهي البضاع وأبضع فلان وبضع إذا تزوج.
انظر: لسان العرب (١/ ٢١٦).

(٤) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٤٥): «وقال الشريف أبو جعفر: قال ابن حامد: إن كان الشقص صداقا، أو عوضا في خلع، أو متعة في طلاق، أخذه الشفيع بمهر المرأة. وهو قول العكلي، والشافعي؛ لأنه ملك الشقص ببذلٍ ليس له مثل»، وانظر: الإشراف لابن المنذر (٥٧٨)، الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٣٨).

(٥) وهو: علي بن محمد بن المبارك بن أحمد بن بكروس، البغدادي الفقيه ولد سنة =

وبه قال الحارث العكلي[١]، والشافعي[٢]، وحكاه اللخمي[٣] قولاً لمالك في الصداق.

ووجهه: أن البدل لا مثل له وتقويمه ممكن كما ذكرنا، فوجب الاعتبار به له كما في العَرَض.

وإذا نجز هذا، فتقويم الشقص أو تقويم مقابله ـ على كلا الوجهين ـ معتبر في المهر (بيوم)[٤] النكاح، وفي الخلع بيوم البينونة[٥] لارتباط الأخذ بما به وقع التعاوض، وإن كان متعة[٦] في

= (٥٠٤هـ). تفقه في المذهب، وبرع، وأفتى وناظر، وصنف في المذهب، وله: كتاب «رؤوس المسائل»، وكتاب «الأعلام». توفي سنة (٥٦٧هـ).
انظر: الذيل لابن رجب (١/ ٣٤٨)، المقصد الأرشد (٢/ ٢٥٥، ٢٥٦)، الشذرات (٤/ ٢٥٦)

(١) انظر: الإشراف لابن المنذر (١/ ٥٧)، المغني لابن قدامة (٧/ ٤٤٥).

(٢) انظر: الحاوي للماوردي (٧/ ٢٥٠)، البيان للعمراني (٧/ ١٢٩، ١٣٠)، فتح العزيز للرافعي (١١/ ٤٤٩)، روضة الطالبين للنووي (٤/ ١٧١).

(٣) قال اللخمي في التبصرة ـ مخطوط ـ (لـ/ ٣١/ أ): «والثالث/ أن يكون الشقص صداقا ففيه وجهان، قيل: يستشفع بقيمة الشقص، وقيل: بِصِدَاق المثل وهذا بناء على استحقاق الشقص فقيل بقيمته وقيل: بِصَدَاق المثل».

(٤) ورد في المخطوط: (سوم)، وهو تصحيف، والأولى ما أثبت، لمناسبته سياق الجملة.

(٥) البينونة: من بانوا بينا وبينونة: أي: فارقوا. والشيء بينا وبيونا وبينة: انقطع وأبانه غيره، والمرأة عن الرجل: فهي بائن، انفصلت عنه بطلاق. انظر: لسان العرب (٣/ ٦٤)، مختار الصحاح (١/ ٢٩)، القاموس المحيط (١/ ١٥٢٦).
والطلاق البائن: ما خالف الرجعي منه، وهو أن يكون بحروف الإبانة أو بحروف الطلاق، لكن قبل الدخول حقيقة، أو بعده لكن مقرونا بعدد الثلاث، نصاً أو إشارة أو موصوفاً بصفة تنبيء عن البينونة أو تدل عليها من غير حرف العطف أو مشبها بعدد أو صفة تدل عليها. انظر: النهاية للجزري (١/ ١٧٥)، المطلع للبعلي (١/ ٣٢٢)، قواعد الفقه (١/ ٢٠١).

(٦) المتعة: اسم مصدر، يقال متعه تمتعا، والاسم المتعة، وسائر ما يمتع به متعة، من تسمية المفعول بالمصدر؛ كالخلق بمعنى المفعول المخلوق.. ومتعة المرأة: ما وصلت به بعد الطلاق وقد متعها تمتيعاً. =

[طلاق][١][٢].

فعلى الأول: يأخذ بقيمته، **وعلى الثاني**: يأخذ بمثل المهر، قاله في «المغني»[٣] كما في الخلع به.

ويحتمل أن يأخذ بمتعة مثلها لا بالمهر، وهو الأقرب، وبه قال الشافعي[٤]؛ لأن المتعة هي ما وجب بالطلاق، والشقص بدل عنها فلم يأخذ بغيرها. والله أعلم.

قال: «فصل: ولا شفعة في بيع الخيار قبل انقضائه نص عليه، ويحتمل أن يجب»[٥].

= انظر: مختار الصحاح (١/ ٢٥٦)، المطلع للبعلي (١/ ٣٢٧)، القاموس المحيط للفيروزآبادي (١/ ٩٨٥)، أنيس الفقهاء للقوني (١/ ١٤١، ١٤٢).
والمقصود بها شرعاً: هي ما يعطي الرجل للمرأة حين طلاقها، وهي مستحبة وليست واجبة ـ وتكون من جهة الإحسان إليها، غير الصداق الواجب لها، وقد تكون بدل الصداق، إن طلق الزوج ولم يسم المهر.
انظر: الكافي لابن قدامة (٣/ ١٠٧)، المبدع لابن مفلح (٧/ ١٦١)، الإنصاف للمرداوي (٨/ ٢٨١).

(١) ورد في المخطوط: (نكاح)، والأصوب ما أثبت لأن الشارح وضعها بجانب السطر تصحيحاً.

(٢) الطلاق: مصدر طلقت؛ أي: بانت من زوجها. وأصل الطلاق التخلية، يقالك طلقت الناقة إذا سرحت حيث شاءت، والإطلاق الإرسال والترك، ومنه قولهم: طلقت البلد؛ أي: تركتها، **وهو لغة**: رفع القيد مطلقاً، ولكن استعمل في النكاح.
شرعاً: حل قيد النكاح. وهو راجع إلى معناه لغة؛ لأن من حلّ قيد نكاحها فقد خُلِّيت، ويقال طلقت المرأة بفتح اللام وضمها تطلق بفتح اللام وضمها. انظر: تحرير ألفاظ التنبيه (٢/ ٢٦٣)، المطلع (١/ ٣٣٣)، أنيس الفقهاء (١/ ١٥٥).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٤٥، ٤٤٦).

(٤) قال الماوردي في الحاوي (٧/ ٢٥٢): «وإذا طلّق الزوج زوجته ثم أمتعها شقصا من دار بما وجب لها من متعة الطلاق وجبت فيه الشفعة بمتعة المثل لا بمهر مثل؛ لأن الطلاق يوجب متعة ولا يوجب مهرا»، وانظر: المهذب للشيرازي (١/ ٤٩٨)، البيان للعمراني (٧/ ١٣٠)، فتح العزيز للرافعي (١١/ ٤٤٩)، روضة الطالبين للنووي (٤/ ١٧١).

(٥) انظر: المقنع: لابن قدامة (٢/ ٢٧٣).

ضمن الفصل مسائل مختلفة منها:

الشقص إذا تبايعاه بشرط الخيار، فلا شفعة [٢٢٦/ب] قبل انقضائه، شرط الخيار لهما أو لأحدهما، وبه قال مالك(١)، وغيره(٢)، والشافعي(٣) في أحد القولين، ويقتضي ولا بد اشتراط لزوم العقد؛ لاستحقاق الشفعة، فيُضم إلى ما قيل من الشرائط.

وما قال من النص(٤)، فرواية حنبل عن القعنبي(٥) عن مالك في

(١) قال ابن القاسم في المدونة (١٤/ ٤٣٩): «أن مالكاً قال في رجل باع رجلاً شقصاً في دار على أن المشتري بالخيار، أنه لا شفعة لشريكه في ذلك حتى يأخذ المشتري أو يدع»، وانظر: الذخيرة للقرافي (٧/٣٠٨)، حاشية الخرشي (٧/ ٨٢)، حاشية العدوي (٧/ ٨٣).

(٢) قال ابن المنذر في الإشراف (١/ ٥٣): «قال أبو بكر: واختلفوا في الشفعة في الشقص المشتري بشرط الخيار، فقال مالك: لا شفعة فيه حتى يقطع المشتري الخيار وقال أصحاب الرأي: إن كان الخيار للبائع فلا شفعة فيه، وإن كان الخيار للمشتري ففيه الشفعة، وبه قال الشافعي، وقال: فيه قول آخر أن لا شفعة فيه حتى يتم ملكه»، وانظر: مختصر اختلاف العلماء للطحاوي (٤/ ٢٤٤).

(٣) قال الشافعي في الأم (٤/ ٤): «وإذا باع الرجل شقصا في دار، على أن البائع بالخيار والمبتاع فلا شفعة حتى يسلم البائع المشتري، وإن كان الخيار للمشتري دون البائع فقد خرجت من ملك البائع برضاه وجعل للمشتري ففيها الشفعة (قال الربيع) وفيها قول آخر أن لا شفعة فيها حتى يختار»، وانظر: الحاوي للماوردي (٤/ ٢٧٧)، المهذب للشيرازي (١/ ٣٧٨)، روضة الطالبين للنووي (٤/ ١٦٠، ١٦١)، مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٢٩٩).

(٤) قال مالك في الموطأ (٢/ ٧١٧): «قال مالك في رجل: اشترى شقصاً في أرض مشتركة على أنه فيها بالخيار، فأراد شركاء البائع أن يأخذوا ما باع شريكهم بالشفعة قبل أن يختار المشتري، أن ذلك لا يكون لهم حتى يأخذ المشتري ويثبت له البيع، فإذا وجب له البيع فلهم الشفعة».

(٥) هو: عبد الله بن مسلمة بن قعنب القعنبي الحارثي أبو عبد الرحمٰن المدني نزيل البصرة وروى عن كثير وروى عنه كثير. كان عابداً فاضلاً قرأ عن مالك كتبه وقال العجلي: بصري ثقة رجل صالح قرأ مالك عليه نصف الموطأ وقرأ هو على مالك النصف الباقي، وقال أو حاتم: ثقة حجة. قال البخاري مات سنة (٢٢١هـ)، وقيل: سنة (٢٢٢هـ).

رجل اشترى شقصاً في أرض مشتركة على أنه فيها بالخيار، فأراد شركاء البيع أن يأخذوا بالشفعة قبل أن يختار المشتري، قال مالك: لا نرى ذلك لهم حتى يأخذها المشتري، ويثبت له البيع، فإذا وجب بيعه فلهم الشفعة.

قال حنبل: سمعت أبا عبد الله يقول: وأنا أرى ذلك.

وفي «الكتاب»[١] احتمال بوجوب الشفعة مطلقا، وهو احتمال أبداه أبو الخطاب[٢] اعتباراً بمطلق انتقال الملك إلى المشتري فيدخل في عموم الخبر.

وفي الكافي[٣] وجه آخر: إن شرط الخيار للمشتري فقط وجبت، وإلَّا فلا، إذ إيجابها فيما عدا هذه الحالة إبطال لحق البائع من الفسخ، وهذا قول أبي حنيفة[٤]، وأصح قولي الشافعي[٥]؛ لحصول الملك للمشتري، وانقطاعه عن البائع، وثبوت الخيار غير مانع كما في خيار

= انظر: تهذيب التهذيب (٦/ ٢٩)، تهذيب الكمال (٦/ ١٣٦)، تذكرة الحفاظ (١/ ٣٨٣).

(١) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٤٨): «ويتوجه على تخريج أبي الخطاب ألا تسقط شفعته».

(٢) قال أبو الخطاب في الهداية (٣٢٢): «وإذا اشترى بشرط الخيار لم تجب الشفعة حتى ينقضي الخيار، نص عليه، ويحتمل أن الشفعة تجب؛ لأن الملك في بيع الخيار ينتقل عنده».

(٣) قال ابن قدامة في الكافي (٢/ ٤٣٤): «فإن كان الخيار للمشتري وحده فللشفيع الأخذ؛ لأنه يملك الأخذ من المشتري قهراً، ويحتمل أن لا يملكه؛ لأن فيه إلزام البيع في حق المشتري بغير رضاه».

(٤) قال الكاساني في بدائع الصنائع (٤/ ١١١): «ولو كان الخيار للمشتري تجب الشفعة؛ لأن خياره لا يمنع زوال المبيع عن ملك البائع وحق الشفعة يقف عليه».
وانظر: المبسوط للسرخسي (١٣/ ١٤٢)، شرح فتح القدير للسيواسي (٨/ ٣٣٣)، تبيين الحقائق للزيلعي (٦/ ٣٧٩).

(٥) انظر: الحاوي للماوردي (٧/ ٢٧٨)، فتح العزيز للرافعي (١١/ ٤٠٨، ٤٠٩)، المحرر للرافعي (٧١٨)، روضة الطالبين للنووي (٤/ ١٦٠، ١٦١).

الرد بالعيب؛ ولأن استحقاق الشفعة يعتمد انقطاع ملك البائع، وإن لم يثبت ملك المشتري، بدليل ما لو أقر البائع بالبيع وأنكر المشتري، فإنَ الشفعة تجب، وأيضاً فالشفيع مسلط بعد لزوم البيع واستقراره، ففيما قَبلَ أولى، ولأن المشتري حالتئذ أحق بالتصرف، فباعتباره يتحقق الضرر الموجب للاستشفاع وهذا قوي.

ولنا: أن [المعنى][(١)] الموجب وهو ضرر الشريك لم يتحقق بعد، فقد لا يُمضي، والوجوب لا يثبت بالشك[(٢)]، ولأن فيه إبطالا لحق المشتري من الرجوع في عين الثمن، وإلزاماً له بالعقد لا عن رضا، وإيجابا للعهد[(٣)] عليه، وكله خلاف الدليل[(٤)] فينتفي، وبه يتخصص عموم الخبر[(٥)]، وأيضاً فمبيع لم ينقض خياره [لا][(٦)] شفعة فيه كما في خيار

---

(١) ورد في المخطوط: (المغني)، والأصوب ما أثبت لصحة المعنى.

(٢) الشكّ: هو التردد بين النقيضين بلا ترجيح لأحدهما على الأخر عند الشاك. وهو عند الأصوليين: ما يستوي طرفاه. وهو الوقوف بين الشيئين لا يميل القلب إلى أحدهما فإذا ترجح أحدهما على الآخر فهو ظن، وإذا طرحه فهو غالب الظن وهو بمنزلة اليقين.
والشك لا ينبني عليه حكم شرعي إذا كان هناك أصل استصحب على خلافه.
انظر: المعتمد للبصري (٢/ ٤٠٤)، البحر المحيط للزركشي (١/ ٦٢)، قواعد الفقه للبركاتي (١/ ٣٤١).

(٣) العهد: حفظ الشيء ومراعاته حالاً بعد حال. هذا أصله، ثم استعمل في الموثق الذي تلزم مراعاته وهو المراد.
انظر: التعريفات للجرجاني (١/ ٢٠٤)، التعاريف للمناوي (١/ ٥٢٩).

(٤) المراد قوله ﷺ: «**البيعان بالخيار ما لم يتفرقا**».

(٥) الخبر: بالتحريك الحديث المنقول وبضم فسكون العلم بالأشياء من جهة الخبر والخبرة بالكسرة المعرفة ببواطن الأمور والخبر. عند علماء الحديث مرادف للحديث، وقيل: الحديث ما جاء عن النبي ﷺ. والخبر ما جاء عن غيره، وقيل: الخبر أعم من الحديث مطلقا، وعليه فهو بإعتبار وصوله إلينا، إما أن يكون متواتراً أو مشهوراً أو غريباً أو عزيزاً.
انظر: التعريفات للجرجاني (١/ ١٢٩)، الحدود الأنيقة للانصاري (١/ ٨٥)، التعاريف للمناوي (١/ ١٢٩).

(٦) ساقطة من المخطوط، والأولى إثباتها، كما في المغني (٧/ ٤٤٤).

البائع، والفرق بينه وبين رد المعيب من وجهين: **أحدهما**: أن الرد رفع للعقد من حينه، فالشفعة ثابتة قبله لوجود تمام الملك، فطريان الرد غير مؤثر، ولا كذلك هذا، فإنه رفع للعقد من أصله فيتبين انتفاء الشفعة لانتفاء موجبها وهو المِلك.

الثاني: الرد إستدراك ظَلامةٍ [وهو يزول](١) بأخذ الشفيع فلم يكن الأخذ ممنوعا بخلاف ما نحن [٢٢٧/أ] فيه. وثبوت السلطنة بعد الاستقرار، لا يدل على ثبوتها قبله؛ لأن السبب لا يتكامل قبل؛ فالمسبب لا يثبت بخلاف ما بعد(٢).

فصل

باع الشفيع حصته [بيعاً بتاً](٣) في زمن الخيار عالما الخيار، فلا شفعة له؛ لزوال ملكه، ولا للمشتري منه؛ لأن سبب الملك للمشتري الأول وهو البيع يتقدم على ملكه.

وهل للبائع الأول أو للمشتري منه الشفعة على المشتري الثاني؟ قال المصنف(٤)، والقاضي(٥)، وابن عقيل: ينبني على الملك في مدة

---

(١) ورد في المخطوط: (نزول)، والأصوب ما أثبت كما في المغني (٧/ ٤٤٤).

(٢) انظر: الجامع الصغير لأبي يعلى (١٨٧)، الهداية لأبي الخطاب (٣٢٢)، المحرر لأبي البركات (٣٦٥)، المستوعب للسامري (٢/ ٩٢)، المغني لابن قدامة (٧/ ٤٤٤)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٥٠٢) فتح الملك العزيز لأبي البهاء (٧/ ٢٤٠).

(٣) (بيع بات)، والمثبت في الأصل المناسب للسياق.

(٤) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٨٨): «فإن باع الشفيع حصته في مدة الخيار، عالما ببيع الأول، سقطت شفعته، وتثبت الشفعة فيما باعه للمشتري الأول، في الصحيح من المذهب. وفي وجه آخر. أنه يثبت للبائع، بناء على الملك في مدة الخيار لمن هو منهما؟».

(٥) قال القاضي أبو يعلى في الجامع الصغير (١٨٧): «وإذا كان المبيع بشرط الخيار لم يكن للشفيع أخذ المبيع سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري».

الخيار لمن هو؟ والأشهر: أنه للمشتري فتثبت الشفعة له لسبق مِلْكِه.

ثم إن فسخ البيع قبل العلم بالشفعة بطلت شفعته [لارتفاعه][١] من أصله، وإن فَسخ بعد الأخذ بالشفعة.

وإن باع الشفيع قبل العلم بالبيع فلا شفعة له أيضاً، لزوال ملكه قبل ثبوت الشفعة[٢].

وعلى وجه أبي الخطاب[٣] ينبني على مسألة ما إذا باع الشفيع نصيبه قبل العلم بالشفعة، وفيه وجهان مرًّا.

وإن اتحد البائع فباع النصف من رجل بالخيار، ثم باع الباقي من آخر بتاً، ثم قبل المشتري الخيار، فله الشفعة على المشتري الثاني[٤]، على الصحيح كما مر.

قال: «وإن أقر البائع بالبيع، وأنكر المشتري فهل تجب الشفعة؟ على وجهين»[٥].

قال أحد الشريكين والشقص في يده: بعته من زيد بألف، وأنكر زيد، وطالب الشفيع، هل تجب الشفعة؟ فيه وجهان، أوردهما المصنف[٦]،

---

(١) في المخطوط: (لارتفاع)، والمثبت في الأصل المناسب للسياق.
(٢) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٤٨)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٠٣، ٤٠٤).
(٣) قال أبو الخطاب في الهداية (٣٢٣): «فإن باع حصته قبل أن يعلم بالشفعة، ثم علم، لم يسقط شفعته، ويحتمل أن تسقط».
(٤) قال الخرشي في حاشيته (٧/ ٨٢): «إن من ملك داراً فباع نصفها على الخيار لرجل ثم باع النصف الآخر لرجل آخر على البت ثم أمضى من له الخيار البيع فإن الشفعة حينئذ تجب لمشتر الخيار على مشتر البت»، وانظر: الذخيرة للقرافي (٧/ ٣٠٩)، حاشية العدوي (٧/ ٨٣).
(٥) انظر: المقنع لابن قدامة المطبوع (٢/ ٢٧٤)، والمخطوط (٥٩/ أ).
(٦) قال ابن قدامة في المغنى (٧/ ٤٥٢): «وإذ أقر البائع بالبيع، وأنكر المشتري، ففيه وجهان: **أحدهما**: للشفيع الأخذ بالشفعة، وهو قول أبي حنيفة، والمزني. **والثاني**: ليس له الأخذ بها».

وأبو الخطاب[(١)] في آخرين، قال القاضي[(٢)] وابن عقيل[(٣)]: وسواء قال قبضهما المشتري أو لا.

أحدهما: تجب، وهو ما قال القاضي، وابنه[(٤)]، وابن عقيل، وابن بكروس[(٥)]، واختاره[(٦)] أبو الخطاب، وابن الزاغوني، وصاحب «المحرر»[(٧)].

قال في «المبسوط»: وهذا قياس المذهب ذكره شيوخنا الأوائل، ولأن أصحابنا قالوا: إذا اختلف البائع والمشتري في الثمن تحالفا، وفسخ البيع بينهما وأخذه الشفيع بما حلف عليه البائع، فأثبتوا الشفعة مع بطلان البيع في حق المشتري[(٨)]. انتهى.

وبه قال أبو حنيفة[(٩)] والمزني[(١٠)]، لإقرار البائع بحق الشفيع، فهو

---

(١) قال أبو الخطاب في الهداية (٣٢٢): «وإذا أقر البائع بالبيع وأنكر المشتري فهل تجب الشفعة على وجهين».

(٢) قال القاضي في الجامع الصغير (١٨٩): «وإذا أقر البائع ببيع الشقص، وأنكر المشتري، فله الشفعة».

(٣) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٩٢): «أحدهما: تجب، وهو المذهب، صححه في التصحيح، والنظم، ونصرة المصنف، والشارح، واختاره القاضي وابنه، وابن عقيل، وابن بكروس، واختاره أبو الخطاب، وابن الزاغوني».

(٤) انظر: المرجع السابق.

(٥) انظر: المرجع السابق.

(٦) انظر: المرجع السابق.

(٧) قال أبو البركات في المحرر (١/ ٣٦٧): «وإذا أقر البائع بالبيع، وجحد المشتري أخذ الشفيع بما قال البائع كما لو اختلفا في الثمن وتحالفا، وقيل: لا تجب الشفعة».

(٨) قال ابن قدامة في المغنى (٧/ ٤٩٤): «إذا اختلف المتبايعان في الثمن، فادعى البائع أن الثمن ألفان، وقال المشتري: هو ألف، فأقام البائع بينة أن الثمن ألفان. أخذهما من المشتري، وللشفيع أخذه بالألف».

(٩) قال ابن نجيم في البحر الرائق (٨/ ١٥٨): «إن البائع إذا أقر بالبيع وأنكر المشتري تجب الشفعة»، وانظر: المبسوط للسرخسي (١٣/ ١٠٢).

(١٠) قال المزني في مختصره (١/ ١٢١): «ولو أن البائع قال: قد بعت من فلان شقصي بألف درهم، وأنه قبض الشقص، وأنكر ذلك فلان وادعاه الشفيع، فإن الشفيع يدفع =

كإقراره بالملك. وسقوط إقراره للمشتري لا يلزم منه سقوط الآخر، كما لو أقر بالملك لرجلين وأنكر أحدهما.

والثاني: لا تجبُ، اختاره جماعة(١) منهم: الشريفان، أبو جعفر وأبو القاسم الزيدي، وقال به مالك(٢)، وابن سريح(٣)، لانتفاء ثبوت [٢٢٧/ب] السبب وهو البيع؛ ولأن حقيقة الشفعة الانتزاع من يد المشتري، وليس يمكن، وأيضاً فالشفعة تعتمد الأخذ بالثمن، ولهذا انتفت في الموهوب والموروث، والأخذ بالثمن ههنا متعذر؛ لأنه لم يثبت وجود مشتر فيأخذه.

والبائع إما أن يقر بقبض الثمن، فلا سبيل له إلى أخذه ثانياً، وإما أن لا، فمقر بأنه لا يستحقه على غير المشتري، وهذا أقوى. والله اعلم.

وإذا قيل بالأول، أخذ الشفيع الشقص من البائع؛ لإقرار البائع له باستحقاقه، وأما الثمن فلا يخلو البائع فيه من أحد أمرين: **أحدهما**: أن لا يقر بقبضه من المشتري، ففي «المغني»(٤)،

= الألف إلى البائع ويأخذ الشقص».

(١) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٩٢): «والوجه الثاني: لا تجب، اختاره الشريفان: أبو جعفر وأبو القاسم الزيدي. قال في التلخيص، اختاره جماعة من الأصحاب».

(٢) قال ابن القاسم في المدونة (١٤/ ٤٢٢): «(قلت) أرأيت إن أقر البائع بالبيع وجحد المشتري بالبيع وقال: لم أشتر شيئاً، ثم تحالفا وتفاسخا البيع، فقال الشفيع: أنا آخذ بالشفعة بما أقررت لي أيها البائع. (قال): ما سمعت من مالك فيه شيئا ولا أرى فيه شفعة؛ لأن عهدته على المشتري فإذا لم يثبت للمشتري ما اشتراه فلا شفعة»، وانظر: حاشية الخرشي (٧/ ٨٨).

(٣) قال الماوردي في الحاوي الكبير (٧/ ٢٩٦): «وإن كان البائع مع ادعاء البيع مُقراً بقبض الثمن من المشتري، ففي الشفعة وجهان: **أحدهما**: وهو قول ابن سريح وطائفة: أنها باطلة؛ لأن الشفعة لا تستحق إلا بيمين وليس واحدٌ من البائع والمشتري مستحقاً لقبض الثمن»، وانظر: الوسيط للغزالي (٤/ ٩٢).

(٤) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٥٢): «فعلى هذا يقبض الشفيع المثمن من البائع، =

و«المجرد»[(١)]، و«الفصول»[(٢)] وغيرها[(٣)]، يسلَّم إلى البائع والعهدة عليه؛ لأن القبض منه، وهذا يقتضي تلقي الملك عنه، وهو مشكل[(٤)]، وكذا أخذ البائع للثمن مشكل لاعترافه بعدم استحقاقه عليه.

ثم قال المصنف[(٥)]، والقاضي[(٦)]، وابن عقيل[(٧)]: ليس للشفيع ولا للبائع محاكمة[(٨)] المشتري، ليثبت البيع في حقه، وتجب العهدة عليه؛ لأن مقصود البائع الثمن وقد حصل من الشفيع، ومقصود الشفيع أخذ الشقص وضمان العهدة[(٩)]، وقد حصلا من البائع فلا فائدة في المحاكمة.

= ويسلم إليه الثمن، ويكون درك الشفيع على البائع».

(١) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٩٢): «وأما الثمن: فلا يخلو إما أن يقر البائع بقبضه أو لا فإن لم يقر بقبضه، فإنه يسلم إلى البائع والعهدة عليه، ولا عهدة على المشتري، قاله الأصحاب، منهم القاضي في المجرد، وابن عقيل في الفصول».

(٢) انظر: المرجع السابق.

(٣) قال أبو البركات في المحرر (١/ ٣٦٧): «وعهدة الشفيع أبداً على المشتري إلَّا فيما جحده، فإنَّها على البائع».

(٤) المشكل: هو ما لا ينال المراد منه إلا بتأمل بعد الطلب وهو الداخل في أشكاله؛ أي: أمثاله وأشباهه، مأخوذ من قولهم أشكل؛ أي: صار ذا شكل، كما يقال أحرم؛ أي: صار ذا حُرْمةٍ إذا دخل في الحرمة.
انظر: التعريفات للجرجاني (١/ ٢٧٦)، التعاريف للمناوي (١/ ٦٥٧).

(٥) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٥٣، ٤٥٢).

(٦) أورده عنه المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٩٣).

(٧) انظر: المرجع السابق.

(٨) المحاكمة: المخاصمة إلى الحاكم، واحتكموا إلى الحاكم وتحاكموا بمعنى.
انظر: لسان العرب (١٢/ ١٤٢)، مختار الصحاح (١/ ٦٢).

(٩) ضمان العهدة: هو ضمان الثمن أو بعضه عن أحدهما للآخر وأصل العهدة هو الكتاب الذي تكتب فيه الوثيقة للبيع ويذكر فيه الثمن، ثم عبَّر به عن الثمن الذي يضمنه، وألفاظ ضمان العهدة ضمنت عهدته أو ثمنه أو دركه، أو يقول المشتري: ضمنت خلاصك منه أو متى خرج المبيع مستحقاً فقد ضمنت لك الثمن.
انظر: المبدع لابن مفلح (٤/ ٥٢)، الإنصاف للمرداوي (٥/ ١٩٨)، شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٢/ ١٢٨).

ثم فرقوا بينه وبين ما إذا ادعى دينا على رجل، فقال آخر: أنا أدفعه إليك ولا تخاصمه[1] أنه لا يلزمه القَبُول، بأن في قبول الدين من غير غريمة مِنَّة[2] بخلاف هذا.

قال المصنف:[3] ولأن البائع يدعي أن ما يدفعه الشفيع حق المشتري عوضاً عن هذا المبيع، فصار كالنائب عن المشتري في دفع الثمن، والبائع كالنائبِ عنه في دفع الشقص بخلاف الدين.

وحكى صاحب «التلخيص»[4] وجهاً، أنه يُدفع إلى نائب «ينصبه»[5] الحاكم عن المشتري ليقتض له، ثم يدفعه عن جهته، قال: وهو مشكل؛ لأن إقامة نائب عن منكر لنفسه بعيد. انتهى.

وللشافعية[6] وجهان كالوجهين: **وأظهرهما**: الأول عندهم. **الثاني**:

---

(١) المخاصمة: وهو أن يقول الخصم أنا أحق بهذا. انظر: غريب الحديث لابن الجوزي (١/ ٢٢٧)، النهاية للجزري (١/ ٤١٤).

(٢) المنَّة: النِّعمة الثقيلة وتقال على وجهين:
أحدهما: أن يكون بالفعل، فيقال: مَنَّ فلان على فلان: أثقله بالنعمة.
الثاني: أن يكون بالقول، وذلك مستقبح فيما بين الناس ولقبحه قيل: المنّة تهدم الصنيعة لكن يحسن ذكرها عند الكفران فإذا كفرت النعمة حسنت المنة. انظر: التعاريف للمناوي (١/ ٦٨٢).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٥٢، ٤٥٣).

(٤) أورده عنه المرداوي في الإنصاف. انظر: (٦/ ٢٩٣).

(٥) ورد في المخطوط: (نصبه) والأولى ما أثبت، كما ورد في الإنصاف (٦/ ٢٩٣).

(٦) قال الشيرازي في المهذب (١/ ٣٨٤): «وهل يجوز للبائع أن يخاصم المشتري، فيه وجهان:
أحدهما: ليس له ذلك لأنه يصل إلى الثمن من جهة الشفيع فلا حاجة به إلى خصومة المشتري.
الثاني: له أن يخاصمه؛ لأنه قد يكون المشتري أسهل في المعاملة من الشفيع. فإن قلنا لا يخاصم المشتري، أخذ الشفيع الشقص من البائع، وعهدته عليه؛ لأنه منه أخذ وإليه دفع الثمن. وإن قلنا: يخاصمه فإن حلف أخذ الشفيع الشقص من البائع ورجع بالعهدة عليه، وإن نكل فحلف البائع سلم الشقص إلى المشتري»، وانظر: الحاوي للماوردي (٧/ ٢٩٦)، البيان للعمراني (٧/ ١٦٥)، روضة الطالبين للنووي (٤/ ١٨٢).

أن يقر بقبض الثمن، فالثمن الواجب على الشفيع إذاً لا يدعيه أحد، إذ البائع يقرّ به للمشتري والمشتري ينفي استحقاقه، فحكى المصنف(١) ثلاثة أوجه، ومثلها للشافعية(٢):

أحدها: إجبار المشتري على قبوله أو الإبراء منه وهو ما قال القاضي(٣)، وابن عقيل(٤)، قياسا على نجوم الكتابة، إذا قال السيد: هي غصب.

والثاني: يحفظه [٢٢٨/أ] الحاكم عنده.

والثالث: يترك في ذمة الشفيع، وقد تقدم مثلها.

قال المصنف(٥): وفي جميع ذلك متى ادعاه البائع أو المشتري دفع إليه؛ لأنه لأحدهما. انتهى. وفيه نظر وبحث.

وإن ادعياه جميعاً، وأقر المشتري بالبيع وأنكر البائع القبض، فهو للمشتري، لإقرار البائع له بالاستحقاق على الشفيع، ولأن البائع لا يدعي هذا الثمن، ولا يستحقه على الشفيع، وإنما يستحقه المشتري عليه

(١) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٥٣).

(٢) قال العمراني في البيان (٧/ ١٦٥): «وفي الثمن ثلاثة أوجه: **أحدها**: يقال للمدعى عليه: قد أقرّ لك بالثمن فإما أن تأخذه منه أو تبرئه منه. كما قال الشافعي في المكاتب. **والوجه الثاني**: أن الثمن يقر في يد المدعي؛ لأنه أقر به لمن لا يدعيه، كمن أقر لرجل بدار لا يدعيها. **والثالث**: أن الحاكم يأخذ الثمن، ويحفظه إلى أن يدعيه واحد منهما؛ لأن من هو بيده نفى أن يكون ملكاً له، ومن أقر له به، لا يدعيه فيحفظه الحاكم إلى أن يدعيه أحدهما». انظر: الحاوي للماوردي (٧/ ١٩٥، ١٩٦)، روضة الطالبين للنووي (٤/ ١٨٢).

(٣) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٩٣): «وإن كان البائع مقراً بقبض الثمن من المشتري، وبقي الثمن على الشفيع لا يدعيه أحد ففيه ثلاثة أوجه: **أحدها**: يقال للمشتري: إما أن تقبض منه، وإما أن تبرئ منه، قياساً على نجوم الكتابة. إذا قال السيد: هي غصب. اختاره القاضي، وابن عقيل، وجزم به في النظم».

(٤) انظر: المرجع السابق.

(٥) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٥٣).

ـ أعني: الشفيع ـ فوجب دفعه إليه، ذكره المصنف[١] أيضاً.

فصل

قال في «الشرح الكبير»[٢]: ادعى على شريكه: أنك اشتريت نصيبك من عمرو فلي الشفعة، وصدقه عمرو وأنكر الشريك، فأقام المدعي بينة أنه كان ملك عمرو، لم تثبت الشفعة بذلك.

وعن محمد بن الحسن[٣] تثبت، ويقال له: إما أن تدفعه وتأخذ الثمن، وإما أن ترده إلى البائع فيأخذه الشفيع منه؛ لشهادتها بملك عمرو، فكأنها شهدت بالبيع.

ولنا: أنها لم تشهد بالبيع، وتصديق عمرو إقرار على الغير فلم يقبل، وكان كما لو حلف أني ماشتريت الدار، فقال من كانت الدار ملكاً له: بعته إياها، فإنه لا يقبل عليه في الحنث[٤]، ولا يلزم ما إذا أقر البائع بالبيع والشقص في يده وأنكر المشتري؛ لأن الذي في يده الشقص يقر به للشفيع، ولا منازع له سواه، والذي في يده الشقص ههنا يدعيه لنفسه، والمقر بالبيع لا شيء في يده ولا يقدر على تسليم الشقص، فافترقا[٥]. انتهى.

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٥٣).

(٢) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٥٠١).

(٣) قال الزيلعي في تبيين الحقائق (٦/ ٣٦٢): «وعن محمد رحمه الله يحلف على البتات؛ لأنَّ المدعي يدعي عليه استحقاق الشفعة بهذا السبب، فصار كما إذا ادعى عليه الملك بسببٍ قبل الشراء، فإن نكل أو قامت للشفيع بينة، أو أقر المشتري بذلك ثبت ملك الشفيع في الدار التي يشفع بها وثبت السبب»، وانظر: بدائع الصنائع للكاساني (٤/ ١١٢)، العناية للبابرتي (٨/ ٣١١، ٣١٢).

(٤) الحنث: هو الرجوع في اليمين بأن يفعل ما حلف على تركه أو يترك ما حلف على فعله. انظر: الزاهر للأزهري (١/ ٤١٥)، الفائق للزمخشري (٣/ ٣٠٤)، المطلع للبعلي (١/ ٣٨٨).

(٥) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٩٣)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٩٣).

فصل

أنكر المشتري كون الطالب شريكا، فعلى الطالب إثبات الشركة وإلَّا حلف المشتري ولا شفعة، وبه قال الشافعي[(١)]، وأبو حنيفة[(٢)]، ومحمد بن الحسن[(٣)].

وعن أبي يوسف[(٤)] يُكتفى بيده لاستحقاق الشفعة؛ لأن [اليد][(٥)] دليل المِلك.

لنا: أن الملك لا يثبت باليد المجردة، فلا تصلح سبباً لثبوت الشفعة، وبيان أنَّها لا تُثبت الملك جواز كونها عن إيداع، أو إيجار أو إعارة، وظهورها في الملك لا ينفي ما عداه، فلا تكون مثبتة، وإذا تقرر هذا فلا يحلف على البت، بل على نفي العلم بشركته، حكاه غير واحد[(٦)] منهم صاحب «التلخيص» وصار إليه الشافعي[(٧)]؛ لأنَّه نفي لفعل

---

(١) قال الرافعي في فتح العزيز (١١/ ٤٧٣): «لو أنكر المشتري كون الطالب شريكا، فالقول قوله مع يمينه»، وانظر: الوسيط للغزالي (٤/ ٩٢)، البيان للعمراني (٧/ ١٦٦)، روضة الطالبين للنووي (٤/ ١٨٠).

(٢) قال الكاساني في بدائع الصنائع (٤/ ١١٢): «وعلى هذا يخرج ما إذا أنكر المشتري كون الدار التي يشفع بها مملوكة للشفيع أنه ليس له أن يأخذ بالشفعة حتى يقيم البينة أنها داره. وهذا قول أبي حنيفة، ومحمد، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف، وروي عنه رواية أخرى، أن هذا ليس بشرط، والقول قول الشفيع، ولا يحتاج إلى إقامة البينة، وجه هذه الرواية: أن الملك كان ثابتاً للشفيع في هذه الدار لوجود السبب».

(٣) انظر: المرجع السابق.

(٤) انظر: المرجع السابق.

(٥) في المخطوط: (اليدل) والأولى ما أثبت، لمناسبته سياق الجملة.

(٦) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٩٣)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٥٠٠).

(٧) قال النووي في روضة الطالبين (٤/ ١٨٠): «أنكر المشتري كون الطالب شريكا، فالقول قول المشتري بيمينه، فيحلف على نفي العلم بشركته، لا على نفي شركته، فإن نكل حلف الطالب على البت وأخذ بالشفعة». انظر: البيان للعمراني (٧/ ١٦٦)، فتح العزيز للرافعي (١١/ ٤٧٣).

الغير، فأشبه الحلف على نفي دين الميت، وإن نكل قضى عليه بالشفعة كما في نظائره [٢٢٨/ب].

قال: «وعهدة الشفيع على المشتري وعهدة المشتري على البائع»[١].

العهدة: فُعلة من العهد وهو الموثوق، والمراد رجوع من انتقل الملك إليه على من انتقل عنه بالثمن عند استحقاق الشقص، فتكون وثيقة البيعة لازمةً للمتلقي عنه فتكون عهدة بهذا الاعتبار وقد مرَّ إيضاحه أيضاً في (باب الضمان)[٢].

والذي أورد المصنف[٣] نقله الخرقي في «المختصر»[٤]، ولا أعلمه عن أحمد من غيره، وسواء أخذ الشفيع من المشتري أو البائع، قبض البائع الثمن من المشتري أو لا[٥]، وبه يقول الثوري[٦]، ومالك[٧]، والشافعي[٨].

---

(١) انظر: المقنع لابن قدامة المطبوع (٢/ ٢٧٤)، والمخطوط (٥٩/أ).

(٢) هنا تعليق على جانب الصفحة (في هذا رد.. على أنه.. باب الضمان.. لما قال ابن رجب.. أنه لم يشرح إلى الوصية».

(٣) يقصد قول ابن قدامة في المتن: «وعهدة الشفيع على المشتري وعهدة المشتري على البائع».

(٤) قال الخرقي في المختصر (١/ ٧٦): «وعهدة الشفيع على المشتري وعهدة المشتري على البائع».

(٥) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٩٣): «وهذا بلا نزاع».

(٦) قال الطحاوي في مختصر اختلاف العلماء (٤/ ٢٤٢): «وقال الثوري: عهدته على المشتري، وهو قول الليث».

(٧) قال ابن القاسم في المدونة (١٤/ ٤٠٥): «قال مالك: من أخذ شقصاً من دار بشفعة، فإنما عهدته على المشتري، وليس على البائع (قال): ولم يختلف عند مالك قبض أو لم يقبض»، وانظر: بداية المجتهد لابن رشد (١٤١٥)، المقدمات لابن رشد (٣/ ٦٧)، الذخيرة للقرافي (٧/ ٣٣٩)، حاشية الخرشي (٧/ ٩٥).

(٨) قال الماوردي في الحاوي (٧/ ٢٨٣): «واختلف الفقهاء في عهدة الشفيع؛ فذهب الشافعي إلى أن عهدة الشفيع على المشتري، وعهدة المشتري على البائع»، وانظر: =

وعن ابن أبي ليلى[١] وعثمان البتي[٢] وغيرهما: العهدة على البائع مطلقاً، لتنزل الشفيع منزلة المتلقي عن البائع، لاستحقاقه التملك بذلك الثمن، فكأن المشتري وكيل له فالعهدة عليه.

وقال أبو حنيفة[٣]، وصاحباه[٤]: هي على المأخوذ منه، إن أخذ من المشتري دفع الثمن إليه ووجبت العهدة عليه، وإن أخذ من البائع فكذلك إن لم يكن البائع قبض الثمن من المشتري، وإن كان قبضه فكذلك أيضاً، ويرد على المشتري ما قبضه منه.

وعن أبي يوسف[٥] رواية بإجبار البائع على تسليم الشقص إلى المشتري ليأخذه الشفيع منه، فيكون الدرك عليه، فالأخذ دائر مع دفع الثمن، وذلك يقتضي تلقي الملك ممن وقع الأخذ منه، فوجبت العهدة عليه.

= التنبيه للشيرازي (١/ ١١٨)، الوسيط للغزالي (٤/ ٨٨)، البيان للعمراني (٧/ ١١٥)، روضة الطالبين للنووي (٤/ ١١٢).

(١) قال ابن المنذر في الإشراف (/ ٥٣): «وقال ابن أبي ليلى: العهدة على البائع»، وانظر: المبسوط للسرخسي (١٣/ ١٠١).

(٢) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٥٠٨): «قال ابن أبي ليلى، وعثمان البتي، عهدة المشتري على البائع».

(٣) قال الكاساني في بدائع الصنائع (٤/ ١٣٦): «إذا أخذ الثمن من يد البائع يدفع الثمن إلى البائع وكانت العهدة عليه، ويسترد المشتري الثمن من البائع إن كان نقد، وإن أخذها من يد المشتري دفع الثمن إلى المشتري، وكانت العهدة عليه؛ لأن العهدة هي حق الرجوع بالثمن عند الاستحقاق، فيكون على من قبض من الثمن. وروي عن أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّ المشتري إذا كان نقد الثمن ولم يقبض الدار حتى قضى للشفيع بمحضر منهما أن الشفيع يأخذ الدار من البائع وينقد الثمن للمشتري والعهدة على المشتري»، وانظر: المبسوط للسرخسي (١٣/ ١٠١، ١٠٢)، البحر الرائق لابن نجيم (٨/ ١٤٩)، حاشية الشلبي (٦/ ٣٦٤، ٤٦٣).

(٤) انظر: المرجع السابق والمقصود بالصاحبين عند الحنفية: الإمام أبو يوسف والإمام محمد رَحِمَهُ اللَّهُ وهما اللذان نقلا آراءه وفقهه للأخلاف. انظر: قواعد الفقه للمجددي (١/ ٣٤٥)، الإمام أبي حنيفة حياته وعصره لأبي زهرة (١٧٢).

(٥) انظر: المرجع السابق.

لنا: الشفعة إنما تترتب على البيع وثبوت ملك المشتري، فلا انتقال إلى الشفيع من غير جهته، فكانت عهدته عليه كما في أخذه بالبيع، وكالمشتري مع البائع، ولا يصح تلقي الملك عن البائع، فإنه يوجب انفساخ العقد بين المشتري وبينه ـ أعني: البائع ـ فتبطل الشفعة لاستنادها إليه، ولا يرد الأخذ في بعض الصور من البائع متلقى عنه؛ لأنه وجب لتعذر الأخذ من المشتري، ولأن الشقص قد يتعيب في يد المشتري، فيكون إيجاب العهدة على البائع استدراجا(١) على غير ظالمه(٢).

ويخص ابن أبي ليلى(٣) بأن الشفيع لا عقد له مع البائع ولا أخذ له منه، فأشبه المشتري من المشتري.

وإذا ثبت هذا وظهر الشقص مستحقاً رجع الشفيع بالثمن على المشتري ورجع المشتري على [٢٢٩/أ] البائع.

وإن ظهر معيباً والعيب سابق على الأخذ، فله الرد على المشتري أو الأرش، وذلك أيضاً للمشتري على البائع بالعيب السابق على العقد، فإن علم المشتري العيب عند البيع ولم يعلمه الشفيع عند الأخذ فلا شيء للمشتري بغير إشكال، وأما الشفيع فله الرد [والأخذ بالأرش](٤).

(١) الاستدارج: درجة إلى كذا تدريجا واستدرجه بمعنى أدناه منه على التدريج فتدرج. انظر: لسان العرب (٢/ ٢٦٨)، مختار الصحاح (١/ ٨٥).

(٢) انظر: المحرر لأبي البركات (١/ ٣٦٧)، المستوعب للسامري (٢/ ١٠٠)، المغني لابن قدامة (٧/ ٥٠٨)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٥١٣)، شرح الزركشي (٤/ ٢٠٣)، الإقناع للحجاوي (٢/ ١٢٦).

(٣) قال السرخسي في المبسوط (١٣/ ١٠١): «وقال ابن أبي ليلى عهدته على البائع في الوجهين جميعاً؛ لأن الشفيع لما تقدم على المشتري قام مقامه ثم عهدة المشتري على البائع فكذلك عهدة الشفيع».

(٤) ورد في المخطوط: (وأخذ الارش)، والصواب ما أثبت؛ كما ورد في الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٩٤) قال: «وللشفيع الرد والأخذ بالأرش».

وذكر المصنف(١) وجهاً بانتفاء الأرش؛ لأن الأخذ إنما يجب بالثمن الذي استقر العقد عليه وأخذ الأرش أخذ بدون الثمن.

وإن علمه الشفيع ولم يعلمه المشتري فلا رد لواحد منهما ولا أرش، أما الشفيع فلرضاه ببذل العوض بهذه الصفقة، وأما المشتري فلاستغنائه بأخذ الشفيع وحصول كل الثمن له(٢).

وفي «الشرح الكبير»(٣) وجه بأن يأخذ المشتري الأرش، وهو ما قال القاضي(٤)، وابن عقيل(٥)، والسامري(٦)؛ لأنه عوض الفائت فلا يسقطه زوال ملكه، كما لو اشترى قفيزين(٧) فتلف أحدهما وأخذ الآخر.

فعلى هذا إن أخذه سقط عن الشفيع ما قابله من الثمن تحقيقا

---

(١) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٥٠٩): «ويحتمل أن لا يملك الشفيع أخذ الأرش؛ لأن الشفيع يأخذ بالثمن الذي استقر عليه العقد، فإذا أخذ الأرش، فما أخذه بالثمن الذي استقر على المشتري».

(٢) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٥٠٩)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٥١٦)، الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٩٤).

(٣) قال ابن قدامة: في الشرح الكبير (١٥/ ٥١٥): «ويحتمل أن يملك أخذ الأرش؛ لأنه بدل عن الجزء الفائت من المبيع، كما لو اشترى قفيزين فتلف أحدهما وأخذ الآخر».

(٤) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٩٤): «وفي الشرح وجه بأن المشتري يأخذ الأرش. وهو ما قال القاضي، وابن عقيل، والسامري».

(٥) انظر: المرجع السابق.

(٦) قال السامري في المستوعب (٢/ ١٠٢): «وإن كان الشفيع عالما به دون المشتري، فليس للشفيع الرد؛ لأنه دخل على علم به، ولا للمشتري؛ لأنه خرج عن ملكه، بل له الرجوع بالأرش كما لو باعه ثم علم بالعيب».

(٧) القفيز: مكيال، وجمعه أقفزة، وقُفزان ـ بضم القاف ـ قال أحمد: قدر القفيز صاع قدره ثمانية أرطال.
انظر: المطلع (١/ ٢١٨).
وهو بالتقدير الحديث يعادل ستة عشر كيلو جراما. انظر: المعجم الوسيط (٢/ ٧٥١).

لمماثلة الثمن الذي استقر العقد عليه، فأشبه ما لو كان الأرش مأخوذاً قبل أخذ الشفيع.

وإن علماه فلا رد لواحد منهما ولا أرش، لدخولهما عليه.

وفي صورة عدم علمهما: إن لم يَرُد الشفيع فلا رد للمشتري، لزوال مِلكه وحصول ثمنه له، وإن أخذ الشفيع أرشه من المشتري، أخذه المشتري من البائع، وإن لم يأخذه الشفيع، ففي أخذ المشتري الوجهان، وعلى الوجه بالأخذ إن لم يسقطه الشفيع عن المشتري سقط عنه بقدره من الثمن، وإن أسقطه توفر على المشتري كما لو زاده على الثمن اختياراً[١].

فصل

اشترى بالبراءة[٢] من كل عيب، ففي البراءة

(١) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٥٩)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٥١٦)، الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٩٤).

(٢) ـ اختلفت الرواية عن أحمد في البراءة من العيوب فروي أنه لا يبرأ، إلا أن يعلم المشتري بالعيب وهو قول الشافعي. والرواية الثانية: أنه يبرأ من كل عيب لا يعلم، ولا يبرأ من عيب علم يروى ذلك عن عثمان، وزيد بن ثابت وهو قول مالك، وقول للشافعي في الحيوان خاصة. لما روي أن عبد الله بن عمر باع زيد بن ثابت عبداً بشرط البرءة بثمانمائة درهم فأصاب زيد عيباً فأراد رده على ابن عمر فلم يقبل فترافعا إلى عثمان، فقال عثمان لابن تحلف: أنك لم تعلم بهذا العيب، فقال: لا فرده عليه فباعه ابن عمر بألف درهم». رواه مالك في البيوع باب العيب في الرقيق (٢/ ٦١٣)، وابن أبي شيبة (٦/ ٢١٢)، وروي عن أحمد أنه أجاز البراءة من المجهول فخرج من هذا صحة البراءة من كل عيب، وهو قول أصحاب الرأي، وقول للشافعي لما روت أم سلمة: أن رجلين اختصما في مواريث درست إلى رسول الله ﷺ فقال ﷺ: **«استهما وتوخيا الحق وليحلل كل واحد منكما صاحبه»** والحديث رواه أبو عبيد في غريب الحديث (١/ ١٥٠)، وأبو داود في الأقضية باب في قضاء القاضي إذا أخطأ (٤/ ١٤)، والدارقطني في الأقضية برقم (١٢٣)، (٤/ ٢٣٩) فدل الحديث على أن البراءة من المجهول جائز. فإن قلنا: لا تصح البراءة من العيوب فشرطه لم يفسخ =

روايتان[١] والأصحّ مذهباً عدمها، فكأنه اشترى مطلقا. وعلى البراءة إن علم الشفيع الشرط فكالمشتري؛ لأنه كمشترٍ ثان شرط البراءة، وإن لم يعلم فالأخذ مطلق في حقه يُرَد على المشتري، وفي أخذ الأرش مع الإمساك الوجهان المذكوران أولاً[٢].

فصل

بنى الشفيع في الشقص وغرس ثم ظهر مُستَحَقاً، للمستحق نقض البناء وقلع الغراس، ويرجع به الشفيع على المشتري، لدخول المشتري معه على ضمان العهدة فملك الرجوع عليه[٣].

= البيع في ظاهر المذهب. انظر: مختصر الطحاوي (٣/ ٨١)، الأم (٣/ ٧٠)، مختصر المزني (١/ ٨٤)، المهذب (١/ ٣٨١)، روضة الطالبين (٣/ ٤٧٠)، المغني (٤/ ١٩٨)، المحرر (١/ ٣٢٦)، المقنع في شرح مختصر الخرقي (٢/ ٦٨٨ ـ ٦٨٩)، شرح الزركشي (٥/ ٢٨٢ ـ ٢٨٤).

(١) قال ابن قدامة في المغني (٦/ ٢٦٤، ٢٦٥): «اختلفت الرواية عن أحمد في البراءة من العيوب:
فروي عنه: أنه لا يبرأ، إلا أن يعلم المشتري بالعيب. وهو قول الشافعي. وقال إبراهيم والحكم وحماد: لا يبرأ إلا مما سمى: وقال شريح: لا يبرأ إلا مما وضع يده عليه. . وروي نحو ذلك عن عطاء، والحسن، وإسحاق؛ لأنه مرفق في البيع لا يثبت إلا بشرط فلا يثبت مع الجهل؛ كالخيار.
والرواية الثانية: أنه يبرأ من كل عيب لم يعلمه، ولا يبرأ من عيب يعلمه. ويروى ذلك عن عثمان، ونحوه عن زيد بن ثابت، وهو قول مالك وقول الشافعي في الحيوان خاصة».

(٢) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٥٠٩)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٥١٦).

(٣) قال النووي في روضة الطالبين (٤/ ١٩٤): «إذا أخذ الشفيع الشقص، وبنى فيه أو غرس فخرج مستحقا، وقلع المستحق بناءه وغراسه، فالقول فيما يرجع به الشفيع على المشتري من الثمن، وما نقص من قيمة البناء والغراس وغير ذلك كالقول في رجوع المشتري من الغاصب عليه»، وانظر: فتح العزيز للرافعي (١١/ ٥٠١).

[تسلُّم الشفيع الشقص]

قال: «فإن أبا المشتري قبض المبيع أجبره الحاكم عليه، وقال أبو الخطاب[(١)] قياس المذهب أن يأخذه الشفيع من يد البائع»[(٢)].

الأصل أن تسلُّم الشفيع [٢٢٩/ب] للشقص إنما يستحقه على المشتري؛ لأن ملكه ملتقى عنه، ولهذا قلنا بوجوب عهدته عليه فهو معه بمنزلة بائع، فلو استمر بيد البائع وأبى المشتري قبضه، فهل للشفيع تسلمه من البائع؟ فيه وجهان: **أحدهما**: وهو ما مال المصنف[(٣)] إليه ههنا، وقال القاضي[(٤)] وابنه أبو الحسين، والشريفان أبو جعفر، والزيدي والقاضي يعقوب، وأبو الفرج الشيرازي، وأبو الحسين بن [بكروس][(٥)(٦)] ليس له [التسلم][(٧)] منه، لكن يجبره الحاكم على قبضه من البائع ثم يتسلمه الشفيع، لما ذكرنا من تملكه من المشتري؛ ولأن تسلمه

---

(١) قال أبو الخطاب في الهداية (٣٢٤): «وقياس المذهب: أنه يأخذه من يد البائع؛ لأن المبيع المعين يلزم من غير قبض ويكون حكمه كما لو أخذ من يد المشتري».

(٢) انظر: المقنع لابن قدامة المطبوع (٢/ ٢٧٤)، والمخطوط (٥٩/أ).

(٣) يقصد قول المصنف في المتن: أجبره الحاكم عليه.

(٤) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٩٥): «فإن أبى المشتري قبض المبيع: أجبره الحاكم عليه وهو المذهب، اختاره القاضي، وابنه أبو الحسين، والشريفان - أبو جعفر، وأبو القاسم الزيدي، والقاضي يعقوب، والشيرازي، وأبو الحسين بن بكروس وغيرهم».

(٥) انظر: الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٩٥).

(٦) ورد في المخطوط: (تكروس)، وهو تصحيف، والأصوب ما أثبت، كما في الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٩٥).

(٧) ورد في المخطوط: (التسليم)، والأصح ما أثبت؛ لصحة المعنى.

من البائع يؤدي إلى فوات تسلم المشتري، فينفسخ عقده مع البائع، فتسقط الشفعة، وهذا على الرواية بافتقار لزوم العقد إلى القبض(١)، كذلك بناه

(١) ـ اختلف الفقهاء رحمهم الله في بيع العقار ونحوه ما عدا الطعام قبل قبضه إلى أربعة أقوال: فذهب الحنفية إلى عدم جواز التصرف في المبيع المنقول قبل القبض بلاخلاف؛ وأما العقار فيجوز التصرف فيه قبل قبضه عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحسانا جاء في البحر الرائق (٦/ ١٢٦): «صح بيع العقار قبل قبضه». وفي الهداية (٩/ ٥٩): «ومن اشترى شيئاً مما ينقل ويحوَّل لم يجز له بيعه حتى يقبضه؛ لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما لم يقبض، ولأن غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك، ويجوز بيع العقار قبل القض عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمد لا يجوز رجوعا إلى إطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول».

وذهب المالكية ورواية عن الإمام أحمد إلى جواز التصرف في المنقول وغير المنقول قبل القبض عدا الطعام قال القاضي عبد الوهاب في المعونة: المبيعات على ضربين طعام وغير طعام، فالطعام يباع على وجهين: **أحدهما**: على وجه يلزم فيه حق التوفيه وذلك بأن يكون على كيل أو وزن أو عدد، والآخر جزافاً مصبراً، فالقسم الأول لا يجوز بيعه قبل قبضه سواء كان معيناً أو في الذمة. وأما ما ابتيع من الطعام جزافاً أو مصبراً فيجوز بيعه قبل نقله إذا خلى البائع بينه وبينه. وما عدا الطعام والشراب من سائر العروض والعبيد والحيوان والعقار وما ينقل ويحول وما لا ينقل ولا يحول وما يكال أو يوزن، وما وما لا يكال ولا يوزن كان عينا معينة أو سلماً مضموناً في الذمة فبيعه قبل قبضه جائز في الجملة بخلاف الطعام ما لم يعرض في العقد ما يمنع منه.

قال في الروض المربع شرح زاد المستقنع (٢/ ١٠٠): «ومن اشترى مكيلاً ونحوه وهو الموزون والمعدود والمذروع صح البيع، ولزم بالعقد ولم يصح تصرفه فيه ببيع أو هبة أو إجازة أو رهن أو حوالة حتى يقبضه... وما عداه؛ أي: ما عدى ما اشتري بكيل أو وزن أو عد أو ذرع كالعبد والدار يجوز تصرف المشتري فيه قبل قبضه». وفي المغني (٤/ ٩١): ذكر ابن قدامة رحمه الله ما يحتاج فيه إلى القبض من نحو المكيل والموزون ثم قال: «وأما غير ذلك، فيجوز بيعه قبل قبضه في أظهر الروايتين، ويروي مثل هذا عن عثمان بن عفان رضي الله عنه وسعيد بن مسيب، والحكم، وحماد، والأوزاعي، وإسحاق. وعن أحمد رواية أخرى، لا يجوز بيع شيء قبل قبضه، اختارها ابن عقيل، وروي ذلك عن ابن عباس». وممن اختار هذه الرواية الأخرى شيخ الإسلام تقي الدين ابن تيمية، وجعلها طريقة الخرقي وغيره، وقال عليه تدل أصول أحمد كتصرف المشتري في الثمرة والمستأجر في العين. انظر: مجموع الفتاوي (٢٩/ ٣٩٨).

ذهب الشافعية إلى عدم جواز بيع العقار قبل القبض. جاء في المهذب (١/ ٢٦٢): =

أبو الخطاب[١] وغيره[٢]. وقال القاضي[٣] ومن ذكر معه: أو يقبضه (الحاكم)[٤] للمشتري، ثم يقبضه للشفيع.

والثاني: وهو الأصح له التسلم منه، وحكمه ما لو تسلم من المشتري، وهذا ما صار إليه المصنف[٥] في كتابه، وأبو الخطاب[٦] في كتابه، قالا: وهو قياس المذهب؛ لأن الأصح أو المشهور لزوم العقد في بيع العقار قبل قبضه، وجواز التصرف فيه بنفس العقد والدخول في ضمانه به، فجاز الاستشفاع فيه على المشتري قبل قبضه، كما لو ابتاعه منه، ويكون قبضه منه كقبضه من المشتري، وللشافعية[٧] وجهان كالوجهين.

= ولا يجوز بيع ما لم يستقر ملكه عليه كبيع الأعيان المملوكة بالبيع والإجارة والصداق وما أشبهها من المعاوضات قبل القبض، لما روي أن حكيم بن حزام قال يا رسول الله إني أبيع بيوعاً كثيرة فما يحل لي منها مما يحرم قال: (لا تبع ما لم تقبضه)، ولأن ملكه عليه مستقر؛ لأنه ربما هلك فانفسخ العقد، وذلك غرر من غير حاجة. فلم يجز وهل يجوز عتقه؟ فيه وجهان: **أحدهما**: أنه لا يجوز لما ذكرناه، **والثاني**: يجوز؛ لأن العتق له سراية فصح لقوته. فأما ما ملكه بغير معاوضة؛ كالميراث والوصية، أو عاد إليه بفسخ عقد فإنه يجوز بيعه وعتقه قبل القبض؛ لأن ملكه مستقر فجاز التصرف فيه كالبيع بعد القبض. كغيره، وأن الإجازة والرهن والهبة كالبيع، وأن الإعتاق بخلاف، والثمن المعين كالبيع فلا يبيعه البائع قبل قبضه».

(١) انظر: الهداية لأبي الخطاب (٣٢٤).

(٢) انظر: الإنصاف للمرداوي (٩/ ٢٩٥).

(٣) انظر: المرجع السابق.

(٤) ورد في المخطوط: (الخادم) وهو تصحيف، والأولى ما أثبت لصحة المعنى، وكما ورد في الإنصاف للمردواي (٩/ ٢٩٥).

(٥) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٥١): «وإذا أراد الشفيع أخذ الشقص، وكان في يد المشتري، أخذه منه، وإن كان في يد البائع، أخذه منه، وكان كأخذه من المشتري. هذا قياس المذهب».

(٦) انظر: الهداية لأبي الخطاب (٣٢٤) قال: «وقياس المذهب أن يأخذه من يد البائع؛ لأن المبيع المعين يلزم من غير قبض ويكون حكمه كما لو أخذه من يد المشتري».

(٧) قال النووي في روضة الطالبين (٤/ ١٩٢): «إذا كان الشقص في يد البائع، فقال =

قال: «وإذا ورث اثنان شقصا عن أبيهما، فباع أحدُهما نصيبه، فالشفعة بين أخيه وشريك أبيه»[(١)].

أخوان ورثا عقاراً، أو أجنبيان ملكاه بسبب من الأسباب[(٢)]، فمات أحدهما عن ابنين، ثم باع أحد الابنين نصيبه، فالشفعة بين أخيه وعمه أو شريك أبيه[(٣)].

وقد نصَّ أحمد على مثله، ففي رواية أبي طالب: قرأت على أحمد: الضحاك بن مخلد عن ابن جريج قال: قلت لعطاء[(٤)]: كانت أرض لي ولك ثُلُثها ابتعناها جميعاً ولآخرين ثلثاها، فبعت أنت، آخذ دونهم بالشفعة؟.

قال: تأخذ دونهم[(٥)].

= الشفيع: لا أقبضه إلا من المشتري، فوجهان: **أحدهما**: له ذلك، ويكلف الحاكم المشتري أن يتسلمه ويسلم الشفيع، فإن كان غائباً نصب الحاكم من ينوب عنه في الطرفين.

والثاني: لا يكلف ذلك، بل يأخذه الشفيع من البائع»، وانظر: الحاوي للماوردي (٧/ ٢٨٤)، البيان للعمراني (٧/ ١٥٩)، فتح العزيز للرافعي (١١/ ٤٧٤، ٤٧٥).

(١) انظر: المقنع لابن قدامة المطبوع (٢/ ٢٧٥)، والمخطوط (٥٩/ أ).

(٢) قال السيوطي في الأشباه والنظائر (١/ ٣١٧): «قال في الكفاية أسباب التملك ثمانية: المعاوضات، الميراث، الهبات، الوصايا، الوقف، الغنيمة، الإحياء، الصدقات، وهناك أسباب أخرى..».

(٣) انظر: الهداية لأبي الخطاب (٣٢١)، المستوعب للسامري (٢/ ٩٢)، المغني لابن قدامة (٧/ ٤٩٨)، الكافي لابن قدامة (٢/ ٤٢٤)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٥١٨)، المبدع لابن مفلح (٥/ ٢٣٠)، الإقناع للحجاوي (٢/ ٦٢٦).

(٤) وعطاء هو: ابن أبي رباح ـ واسم أبي رباح: أسلم ـ القرشي مولاهم» أبو محمد المكي، ولد في أثناء خلافة عثمان، كان من سادات التابعين فقهاً وعلماً وورعاً وفضلاً، توفي سنة (١١٤هـ)، وقيل غير ذلك. انظر: تذكرة الحفاظ (١/ ٩٨)، السير (٥/ ٧٨ ـ ٨٨)، تهذيب التهذيب (٧/ ١٧٩ ـ ١٨٣).

(٥) انظر: الإشراف لابن المنذر (١/ ٥٠): «قال عطاء في رجلين اشتريا ثلث دار، واشترى آخران الثلثين فباع أحد الاثنين نصيبه، وقال صاحبه الذي اشترى معه أولى بالشفعة».

وعن ابن جريج قال: سمعت ابن أبي حسين يقول: كان طاوس يقول: هم سواء لا تأخذ دونهم.

قلت: لأحمد ما تقول أنت؟ قال: هو بينهم سواء، لا تأخذ دونهم. انتهى.

وبهذا يقول الأكثرون منهم: عبيد الله العنبري[1]، ومالك[2] في رواية، وأبو حنيفة[3]، والشافعي[4] في الجديد، والمزني[5].

وعن مالك[6] في الأشهر: أهل الشرك الأخص [٢٣٠/أ] أولى بالشفعة من الشرك الأعم،

---

(١) قال ابن المنذر في الإشراف (١/ ٥٠): «وقال سائر أهل العلم. هو وسائر الشركاء سواء، هذا مذهب أهل الرأي، وعبيدالله بن الحسن».

(٢) قال القرافي في الذخيرة (٧/ ٢٦٩): «وعن مالك: الأخص والأعم سواء فكل من له ملك في المبيع يشفع»، وانظر: الإشراف لابن المنذر (١/ ٥٠)، حاشية الخرشي (٧/ ٩٦، ٩٧)، حاشية العدوي (٧/ ٩٤، ٩٥).

(٣) قال الكاساني في بدائع الصنائع (٤/ ٩٩): «فإن هلك عن ابنين، كان ميراثه بينهما نصفين؛ لأن بنوة كل واحد منهما سبب لاستحقاق كل الميراث، إلا أنه لا يمكن إثبات الملك في مال واحد لكل واحد منهما على الكمال، لتضايق المحل، فينصف بينهما فكذا هذا»، وانظر: المبسوط للسرخسي (٣/ ١٦٦)، رؤوس المسائل في الخلاف للهاشمي (مسألة ١١٩٧).

(٤) قال الغزالي في الوسيط (٤/ ٩٤): «ما ت رجل، وخلف ابنين وداراً بينهما، فمات أحد الابن ين وخلف ولدين، فباع أحدهما نصيبه، فالجديد وهو القياس الحق، أن الشفعة يشترك فيها أخوه وعمه. والقول القديم: أن الأخ مقدم، لقرب الإدلاء بالأخوة وهو بعيد»، وانظر: الأم للشافعي (٤/ ٣)، الحاوي للماوردي (٧/ ٢٥٥، ٢٥٦)، المهذب للشيرازي (١/ ٣٨١)، التنبيه للشيرازي (١/ ١٨٨)، مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٣٠٥).

(٥) قال المزني في مختصره (١/ ١٢٠): «ولو ورثه رجلان، فمات أحدهما وله ابنان فباع أحدهما نصيبه فأراد أخوه الشفعة دون عمه فكلاهما سواء؛ لأنهما فيها شريكان قال المزني رَحِمَهُ اللهُ: هذا أصح من أحد قوليه إن أخاه أحق بنصيبه».

(٦) قال ابن القاسم في المدونة (١٤/ ٣٩٩): «(قلت): فإن كان هذا الأخ لم يبع، ولكن ولد لأحدهم أولاد، ثم مات الذي ولد له، فباع واحد من أولاد هذا الميت حصته =

فيختص بها الأخ، وهو القديم للشافعي[(١)]، ونحوه عن عطاء[(٢)]؛ لأنه أقرب إلى ملك الأخ، [لملكهما][(٣)] له بالسبب المتحد، ولهذا لو ظهر دين على أبيهما بيع فيه ملكهما دون ملك عمهما.

لنا: وجود الشركة المتقدمة حين العقد فملك الشفعة كالأخ، والعبرة بحقيقة الشركة[(٤)] [لا بسببها][(٥)]، كما دلّ عليه قول رسول الله ﷺ: **«الشفعة في كل شرك في أرض أو ربع أوحائط»**[(٦)].

وكما في حديث جابر: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم»[(٧)].

ولأن المعنى المجموع إلى الشفعة وهو ضرر الدخيل موجود، فوجب ترتبها كما في محل الوفاق.

وإذا تقرر هذا، فهل الشفعة بينهما مناصفة أو بقدر ملكهما؟ فيه ما مر من الخلاف في موضعه.

وههنا فروع:

أحدها: اشترى نصف دار، واشترى اثنان نصفها الآخر، أو ورثاه

= (قال): قال مالك: الشفعة لإخوته ـ أولاد هذا الميت ـ دون أعمامهم؛ لأن هؤلاء قد صاروا أهل وراثة واحدة دون أعمامهم»، وانظر: الذخيرة للقرافي (٧/ ٢٦٦)، حاشية الخرشي (٧/ ٩٦، ٩٧).

(١) انظر: المهذب للشيرازي (١/ ٣٨١)، الوسيط للغزالي (٤/ ٩٤)، البيان للعمراني (٧/ ١٥١، ١٥٢)، روضة الطالبين (٤/ ١٨٣)، مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٣٠٥).

(٢) انظر: الإشراف لابن المنذر (١/ ٥٠).

(٣) في المخطوط: (لملكها)، والمثبت في الأصل هو المناسب للسياق.

(٤) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٩٨، ٤٩٩)، الكافي لابن قدامة (٢/ ٤٢٤)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٥١٨).

(٥) في المخطوط: (سنها). والأصوب ما أثبت. لمناسبتها سياق الجملة، كما في المغني لابن قدامة (٧/ ٤٩٩).

(٦) سبق تخريجه.

(٧) سبق تخريجه.

أو اتهباه ونحو هذا، ثم باع أحدهما نصيبه، فالشفعة بين شريك الربع وشريك النصف(١).

الثاني: ورث ثلاثة داراً، باع أحدهم نصيبه من اثنين، ثم باع أحد الاثنين نصيبه، فالشفعة بين كل الشركاء(٢).

الثالث: مات رجل عن بنتين وأختين، باعت إحدى البنتين أو الأختين نصيبها، فالشفعة بين من بقي(٣).

الرابع: مات عن ثلاثة بنين، ثم مات أحدهم عن ابنين فباع أحد العمين نصيبه، فالشفعة بين أخيه وابني أخيه(٤).

الخامس: مات أحد الابنين ووصى بثلثه لاثنين [فباع](٥) أحد الوصيين أو الابنين، فالشفعة بين الباقين(٦).

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٩٩)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٥١٨).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٩٩)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٥١٨).

(٣) انظر: روضة الطالبين للنووي (٤/ ١٨٣) قال «وهو المذهب: القطع بالاشتراك»، وانظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٩٨)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٥١٨).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٩٩)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٥١٨).

(٥) في المخطوط: (باع)، والأولى ما أثبت، لمنا سبته سياق الجملة، كما ورد في المغني لابن قدامة (٧/ ٤٩٩)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٥١٩).

(٦) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٩٩)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٥١٩).

[الشفعة لورثة المفلس]

فصل

مات مفلس، وله شقص، فباع الشريك نصيبه قبل بيع الشقص في الدين؟

قال في «المغني»[١]: للورثة الأخذ بالشفعة، وهذا على أن الدين لا يمنع انتقال التركة إلى الوارث[٢]، ....

(١) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٥١١، ٥١٢).

(٢) ـ لا خلاف بين الفقهاء في أن التركة تنتقل إلى الوارث إذا لم يتعلق بها دين من حين وفاة الميت. واختلفوا في انتقال التركة التي يتعلق بها الدين على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب الشافعية وهو أشهر الروايتين عند الحنابلة إلى أن أموال التركة تنتقل إلى ملك الورثة بمجرد موت المورِّث مع تعلق الدين بها، سواءً أكان الدين مستغرقاً للتركة أم غير مستغرق لها. جاء في نهاية المحتاج للرملي (٤/ ٣٠٨، ٣٠٩): «والصحيح أن تعلق الدين بالتركة لا يمنع الإرث؛ لأن تعلقه بها لا يزيد على تعلق حق المرتهن بالمرهون، والمجني عليه بالجاني وذلك لا يمنع الإرث.

والثاني: يمنع لقوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ﴾ [النساء: ١١]؛ أي: من بعد إعطاء وصية أو إيفاء إن كان، حيث قدم على الميراث. وأجيب: بأن تقديمه عليه لقسمته لا يقتضي أن يكون مانعاً منه، وإذا كان الدين غير مانع للإرث فلا يتعلق بزوائد التركة كالكسب والنتاج لحدوثها في ملك الوارث، ولأن لو كان باقياً من مات قبل القضاء من الورثة».

وقال ابن قدامة في الكافي (٤/ ٤٨٥): إذا اقتسم الوارثان فظهر على الميت دين يتعلق بالتركة انبني ذلك على أن الدين هل يمنع تصرف الورثة في التركة؟! وفيه القسمة.

أحدهما: يمنع فلا تصح القسمة.

الثاني: لا يمنع، فتكون القسمة صحيحة هذا هو المذهب؛ لأن الدين بالتركة لا يمنع =

وهو الأصح للشافعية[(١)].

واستدل عليه: بأنها لو نمت أو زاد ثمنها لحسب على الغرماء في قضاء ديونهم، وإنما تعلق حقهم به فلم يمنع الشفعة، كما أن رهن الشقص لا يمنع استحقاق الشفعة به.

وإن قلنا: يمنع الانتقال فلا شفعة لهم، وهو قول أبي حنيفة[(٢)]؛ لانتقال ملك الشقص إلى الغرماء.

= صحة التصرف».

القول الثاني: ذهب المالكية إلى أن أموال التركة تبقى على ملك الميت بعد موته إلى أن يسدد الدين سواء أكان الدين مستغرق لقوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾ [النساء: ١١].

القول الثالث: ذهب الحنفية إلى أن يميز ما إذا كانت التركة مستغرقة بالدين، أو كانت غير مستغرقة به، فإن استغرق الدين أموال التركة تبقى أموال التركة على ملك الميت ولا تنتقل إلى ملك الورثة، وإن كان الدين غير مستغرق فالرأي الراجح أن أموال التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث مع تعلق الدين بهذه الأموال. قال السرخسي: «وعلى هذا قال علماؤنا رحمهم الله الدين إذا كان محيطاً بالتركة يمنع ملك الوارث في التركة، وإن لم يكن محيطاً. فكذلك في قول أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ الأول، وفي قوله الآخر لا يمنع ملك الوارث بحال؛ لأنه يخلف المورث في المال، والمال كان مملوكاً للميت في حال حياته مع اشتغاله بالدين كالمرهون، فكذلك يكون ملكا للوارث. وحجتنا في ذلك قوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ﴾ [النساء: ١١]. فقد جعل الله تعالى أوان الميراث ما بعد قضاء الدين والحكم لا يسبق أوانه فيكون حال الدين كحال حياة المورث في المعنى، ثم الوارث يخلفه فيما يفضل من حاجته. فأما المشغول بحاجته لا يخلفه وارثه فيه.

وإذا كان الدين محيطاً بتركته فالمال مشغول بحاجته وقيام الأصل يمنع ظهور حكم الخلف، ولا يقول يبقى مملوكاً بغير مالك، ولكن تبقى مالكية المديون في ماله حكما لبقاء حاجته» المبسوط (٢٩/ ١٣٧). وأرى أن ما ذهب إليه الحنفية هو الراجح.

(١) قال النووي في روضة الطالبين (٤/ ١٩٤): «مات وله شقص من دار، وعليه دين مستغرق، فباع الشريك حصته قبل بيع الشقص في الدين، قال ابن الحداد: للورثة أخذه بالشفعة، وهذا تفريع على الصحيح أن الدين لا يمنع انتقال الملك في التركة إلى الورثة، وإن قلنا: يمنع، فلا شفعة لهم»، وانظر: الحاوي للماوردي (٧/ ٢٥٩، ٢٦٠)، البيان للعمراني (٦/ ١٠٨).

(٢) قال ابن نجيم في البحر الرائق (٨/ ١٦١): «إذا مات بعد قضاء القاضي له بالشفعة، =

ولو خلف داراً لا تستغرقها الديون وبيع بعضها في دينه، فلا شفعة للورثة في المبيع ببقية الملك؛ لأن البيع واقع لهم فلم يكن لهم استرجاع المبيع، كما إذا باع الإنسان بعض ملكه بحق، لم يكن له استرجاعه بالباقي، وهذا على أن الدين لا يمنع الانتقال [٢٣٠/ب]، وإن قلنا بالمنع فكذلك أيضاً؛ لأنهم إنما يملكون الباقي بأداء الدين فليس لهم ملك متقدم.

ولو كان الوارث شريك الموروث، وبيع نصيب الموروث في دينه، فعلى أن الدين لا يمنع، لا شفعة للوارث؛ لأن البيع وقع في ملكه، فلم يملك استرجاعه، وعلى أنه يمنع تثبت الشفعة لوجود شركته حين الانتقال[١]. والله أعلم.

= أو سلم المشتري الدار له، فهي لو رثته، يأخذونها، ولا تباع الدار في دين المشتري؛ لأن حق الشفيع مقدم على حق المشتري».

(١) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٥١٢)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٤٧٥).

[الشفعة للكافر على المسلم]

قال: «ولا شفعة لكافر[(١)] على مسلم»[(٢)].

نص أحمد على هذا من وجوه[(٣)]، فروينا في كتاب الأثرم: سألت أبا عبد الله عن الرجل يكون بينه وبين الذمي الدار فيبيع المسلم نصيبه؟ فقال: أما أنا فلا أرى له شفعة.

قيل له: ولم؟ قال: لأنه ليس له مثل حق المسلم، ليس له حرمة المسلم، وقد احتج فيه.

وعن إسحاق بن إبراهيم قال: سألت أحمد عن الرجل من أهل الذمة يطلب الشفعة أله ذلك؟ قال: ليس لأحد من أهل الذمة شفعة.

وفي «مسائل عبد الله»: سألت أبي عن اليهودي[(٤)]

---

(١) الكفر: هو عدم الإيمان بالله ورسله سواء كان معه تكذيب أو لم يكن معه تكذيب بل شك وريب أو إعراض عن هذا كله حسداً أو كبراً أو إتباعاً لبعض الأهواء الصارفة عن إتباع الرسالة، وان كان الكافر المكذب أعظم كفراً وكذلك الجاحد المكذب حسدا مع استيقان صدق الرسل.
وهناك كفر أصغر لا يخرج عن الملة وهو الكفر الذي يأتي صاحبه بمعاصي لا توجب تخليداً في النار بل يكون أمره مردود لحكمه الباري إن شاء عفا عنه، وإن شاء عذبه.
وحقيقة الكفر: هو الخروج عن الملة.
انظر: مجموع الفتاوى لابن تيمية (١٢/ ٣٣٥، ٣٢٨)، فتح الباري لابن حجر (١/ ١١٢).

(٢) انظر: المقنع لابن قدامة المطبوع (٢/ ٢٧٥)، والمخطوط (٥٩/أ).

(٣) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٩٥): «نص عليه من وجوه كثيرة وهو المذهب، وعليه الأصحاب، وهو من مفردات المذهب».

(٤) اليهود: من الهود؛ أي: التوبة والرجوع إلى الحق. ومعناه: الشيء الرويد من =

والنصراني[١]: ألهما شفعة؟ قال: لا، قلت لأبي: والمجوسي؟ قال: ذاك أبعد[٢].

وفي «مسائل صالح»: سألت أبي عن أهل الذمة، هل لهم شفعة؟ فقال: لا أرى لهم شفعة.

وفي «مسائل أبي داود»[٣]: سمعت أحمد سئل للذمي شفعة؟ قال: لا.

وفي كتاب «الخلال»: أخبرني محمد بن الحسن بن هارون قال: سئل أبو عبد الله عن الشفعة للذمي، فقال: ليس للذمي شفعة، ليس له حق المسلمين.

= الهوادة. ويهود: يجمع على يهدان، وهوّدة؛ أي: حوَّله إلى ملة اليهود.
انظر: الفائق للزمخشري (٤/ ١٢٠)، مختار والصحاح (١/ ٢٥٢)، المطلع للبعلي (١/ ٣١٠).
واليهود: هم قوم موسى عليه السلام، وكانوا يعبدون العزير ويقولون هو ابن الله والتزمهم هذا الاسم، لقول موسى عليه السلام: ﴿إِنَّا هُدْنَآ إِلَيْكَ﴾؛ أي: رجعنا، وتضرعنا، وكتابهم: التوراة، وهو أول كتاب منزل من السماء؛ لأن ما كان ينزل على إبراهيم وغيره من الأنبياء ما كان يسمى كتاباً بل صحفاً.
انظر: الملل والنحل للشهر ستاني (١/ ٣١٠)، معارج القبول للحكمي (١/ ٢١٠، ٢١١).

(١) النصراني: نسبة إلى قرية بالشام يقال لها: نصران، وناصرة. والنصارى منسوبون إليها. والجمع: النصارى. ونصره تنصيراً؛ أي: جعله نصرانيا.
انظر: مختار الصحاح (١/ ٢٧٦)، المطلع للبعلي (١/ ٢٢٢)، القاموس المحيط للفيروزآبادي (١/ ٦٢٢)
والنصارى: هم قوم عيسى عليه السلام وكتابهم الإنجيل، وكانوا يعبدون المسيح - عيسى عليه السلام - ويقولون هو ابن الله.
انظر: الملل والنحل للشهر ستاني (١/ ٢١٠، ٢١١)، معارج القبول للحكمي (١/ ٣١٠).

(٢) انظر: مسائل الإمام أحمد بن حنبل برواية ابنه عبد الله. لعبد الله بن أحمد رقم (١١١) (١/ ٢٩٨).

(٣) انظر: مسائل الإمام أحمد بن حنبل برواية أبي داود السجستاني رقم (١٣٢٧) (٢٧٦).

وقال حنبل: قال عمي: ولا لنصراني ولا ليهودي شفعة، إنما ذلك للمسلمين المهاجرين بينهم.

و(روى)[١] محمد بن الحكم عن أبي عبد الله وسأله عن اليهودي والنصراني له شفعة؟

قال: لا، وبذلك قال شريح[٢] في إحدى الروايتين، والحسن[٣]، والشعبي[٤]، وابن أبي ليلى[٥].

وعن شريح[٦] خلافه، وهو قول عمر بن عبد العزيز[٧]، وإياس بن معاوية[٨]، والنخعي[٩] ....

---

(١) في المخطوط: (روي)، والأصوب ما أثبت؛ لمناسبته سياق الجملة.

(٢) قال السرخسي في المبسوط (١٣/ ٩٣): «وعن شريح قال: لا شفعة ليهودي ولا لنصراني ولا لمجوسي، وبقوله الثاني: كان يأخذ ابن أبي ليلى، فيقول: الأخذ بالشفعة رفق شرعي، فلا يثبت لمن هو منكر لهذه الشريعة».

(٣) قال الماوردي في الحاوي (٧/ ٣٠٢): «وحكي عن الحسن البصري وعامر الشعبي، وعثمان البتي، والحارث العكلي، أنهم قالوا: لا شفعة للذمي على المسلم»، وانظر: الإشراف لابن المنذر (١/ ٤٨).

(٤) انظر: المرجع السابق.

(٥) قال المرغيناني في الهداية (٨/ ٣٢٨): «وقال ابن أبي ليلى: لا شفعة للذمي؛ لأن الأخذ بالشفعة رفق شرعي، فلا يثبت لمن هو منكر لهذه الشريعة وهو الكافر»، وانظر: المبسوط للسرخسي (١٣/ ٩٣).

(٦) قال ابن المنذر في الإشراف (١/ ٤٨): «قال أبو بكر: واختلفوا في الشفعة للذمي، فأثبت طائفة له الشفعة، روى ذلك عن شريح. وبه قال عمر بن عبد العزيز، وإياس بن معاوية والنخعي، وحماد بن أبي سليمان، ومالك، والثوري، وعبيدالله بن الحسن، والشافعي، وإسحاق، وأصحاب الرأي»، وانظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٥٢٤).

(٧) انظر: المرجع السابق.

(٨) انظر: المرجع السابق.

(٩) انظر: الإشراف لابن المنذر (١/ ٤٨)، المغني لابن قدامة (٧/ ٥٢٤).

والنخعي هو: الإمام الحافظ، فقيه العراق أبو عمران إبراهيم من يزيد بن قيس بن الأسود النخعي اليماني ثم الكوفي. كان مفتي أهل الكوفة هو والشعبي في زمانهما، قال أحمد بن حنبل: كان إبراهيم ذكياً، حافظا، صاحب سنة، مات سنة (٩٦هـ). =

وحماد[١]، والثوري[٢]، وعبيدالله العنبري[٣]، والأئمة الثلاثة[٤]. وإسحاق[٥]،ص والظاهرية[٦]، وابن المنذر[٧]، لعموم الأخبار وقياسا

= انظر: تذكرة الحفاظ (١/ ٧٣، ٧٤)، السير (٤/ ٥٢٠ ـ ٥٢٩)، تهذيب التهذيب (١/ ١٥٥، ١٥٦).

(١) انظر: الإشراف لابن المنذر (١/ ٤٨)، المغني لابن قدامة (٧/ ٥٢٤).

(٢) انظر: المرجع السابق.

(٣) انظر: المرجع السابق.

(٤) انظر: عند الحنفية: قال الكاساني في بدائع الصنائع (٤/ ١١٤): «وأما إسلام الشفيع فليس بشرط لوجوب الشفعة، فتجب لأهل الذمة فيما بينهم، وللذمي على المسلم؛ لأن هذا حق التملك على المشتري بمنزلة الشراء منه، والكافر والمسلم في ذلك سواء؛ لأنه من الأمور الدنيوية»، وانظر: المبسوط للسرخسي (١٣/ ٩٩)، الهداية للمرغيناني (٨/ ٣٢٨)، العناية للبابرتي (٨/ ٣٢٨).

عند المالكية: قال ابن القاسم في المدونة (١٤/ ٤٥٣): «قلت: أرأيت لو أن دارا بين رجلين مسلم ونصراني، هما شريكان في الدار، فباع المسلم حصته من مسلم أو نصراني أيكون لشريكه النصراني شفعة أم لا؟ (قال) قال مالك: لشريكه الشفعة وإن كان نصرانياً». انظر: الذخيرة للقرافي (٧/ ٢٦٢)، حاشية الخرشي (٧/ ٦٦)، الشرح الكبير للدرديري (٣/ ٤٧٣).

عند الشافعية: قال الماوردي في الحاوي (٧/ ٢٠٣): «فمذهب الشافعي، وأبي حنيفة، ومالك وجمهور الفقهاء إلى وجوب الشفعة للذمي على المسلم كوجوبها للمسلم على المسلم». انظر: المهذب للشيرازي (١/ ٣٨١)، الوسيط للغزالي (٤/ ٧٢)، البيان للعمراني (٧/ ١١٢)، فتح العزيز للرافعي (١١/ ٤٠٠)، روضة الطالبين (٤/ ١٥٩)، مغني المحتاج (٢/ ٢٩٨).

(٥) انظر: الإشراف لابن المنذر (١/ ٤٨)، المغني لابن قدامة (٧/ ٥٢٤).

وإسحاق هو: أبو يعقوب، إسحاق بن إبراهيم بن مخلد التميمي الحنظلي، المروزي، النيسابوري، عالم خراسان وفقيهها، شهد الأئمة الكبار بفضله وفقهه، قال الإمام أحمد: لم يعبر الجسر إلى خراسان مثله ولد سنة (١٦١هـ) في مرو، وتوفي سنة (٢٣٨هـ) في نيسابور.

انظر: طبقات الحنابلة (١/ ١٠٩)، الشذرات (٢/ ٨٨).

(٦) قال ابن حزم في المحلى (٩/ ٩٤): «والشفعة واجبة للبدوي والساكن في غير المصر، وللغائب وللصغير إذا كبر، وللمجنون إذا أفاق، وللذمي، بعموم قوله ﷺ: «فشريكه أحق به».

(٧) انظر: الإشراف لابن المنذر (١/ ٤٨).

على الرد بالعيب بجامع كونه خياراً ثبت لدفع ضرر المال.

ويروى أن شريحاً قضى به، وكتب إلى عمر رضي الله عنه فأمضاه(١).

ولنا: قول النبي ﷺ: «**وإذا لقيتموهم في طريق، فاضطروهم إلى أضيقه**». أخرجه مسلم(٢).

وجه الدلالة: أنه ﷺ لم يجعل لهم مع مرور المسلم حقاً في الواسع مع سبقهم إليه، إذلالاً لهم مع كون [٢٣١/أ] المرور سهلاً يسيراً، والملك فيه ملك اختصاص، فأولى انتفاء حقهم في انتزاع الملك من المسلم، وإخراجه منه مع سبقه إليه، ودخول الضرر عليه، ولأن الاستشفاع عقد إرفاق وتقديم لأحد المالكين بمزية سبق ملكه لا لفوات جزء من ماله، فاقتضى التساوي فيما عدا السبق، فيلزم الاستواء في حرمة الدين، ومعلوم أن حرمة المسلم ليست [كالكافر](٣) فانتفى تقديمه، هذا ما احتج به أحمد رحمه الله في المسألة.

واحتج كثير من الأصحاب بما روينا عن نائل بن نجيح(٤)، عن

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي (١٣/ ٩٣)، بدائع الصنائع للكاساني (٤/ ١١٥)، العناية للبابرتي (٨/ ٩٣).

(٢) رواه مسلم في صحيحه، باب النهي عن ابتداء اليهود بالسلام وكيف يرد عليهم. (٤/ ١١٠٧) ـ برقم (٢١٦٧) قال: حدثنا قتيبه بن سعيد، حدثنا عبد العزيز؛ يعني: الدار وردي عن سهيل عن أبيه عن أبي هريرة. أن رسول الله ﷺ قال: «**لا تبدؤوا اليهودي ولا النصارى بالسلام، فإذا لقيتم أحدهم في طريق، فاضطروهم إلى أضيقه**».

(٣) ورد في المخطوط: (الكافر)، والأصوب ما أثبت، لصحة المعنى.

(٤) هو: نائل بن نجيح الحنفي، ويقال: الثقفي. أبو سهل البصري ويقال: البغدادي. روى عن سفيان الثوري وغيره. وهو خال عيسى بن أبان القاضي. قال العقيلي: لا أصل لحديثه.
وقال أبو أحمد: وأحاديثه مظلمة جداً وخاصة إذا روى عن الثوري. وروى له ابن ماجه.
انظر: الجرح والتعديل (٨/ ٥١٢)، تاريخ بغداد (١٣/ ٤٦٥)، تهذيب الكمال (٢٩/ ٣٠٧)، تهذيب التهذيب (١٠/ ٣٧٠).

الثوري، عن حميد، عن أنس، أن رسول ﷺ قال: «**لا شفعة لنصراني**»(١) ونائل بن نجيح قال: يزيد بن سنان البصري(٢) ثقة، كان أصحابنا يكتبون عنه. وقال أبو حاتم الرازي(٣): هو شيخ؛ أي: يكتب حديثه، وتكلم في رواياته أبو أحمد بن عدي(٤)، قال: وخاصة إذا روى عن الثوري.

وروينا عن أبي بكر البرقاني(٥) قال: ثنا الدارقطني(٦): وسئل عن

---

(١) رواه البيهقي في سننه، باب رواية ألفاظ منكرة يذكرها بعض الفقهاء في مسائل الشفعة (٦/ ١٠٨)، برقم (١١٣٧٢)، رواه الهيثمي في مجمع الزوائد (٤/ ١٥١).

(٢) هو: يزيد بن سنان بن يزيد بن الغربال بن خالد بن عبد الله أبو خالد القزاز البصري، نزيل مصر، مولى عثمان بن عفان، وهو ثقة صدوق، روى عن كثير، وروى عنه كثير. قدم مصر تاجرا وكتب بها الحديث وحدث. وقال الطحاوي: كان مولده قبل (١٨٠هـ). وتوفي بمصر أول يوم من جمادى الأولى سنة (٢٦٤هـ) وعمره (٨٠) سنة. وصلّى عليه بكار القاضي.
انظر: تهذيب الكمال (٣٢/ ١٥٢)، تقريب التهذيب (١/ ٦٠١)، تهذيب التهذيب (١١/ ٢٩٢)، الكاشف (٢/ ٣٨٣).

(٣) هو: محمد بن إدريس بن المنذر بن داود بن مهران، أبو حاتم الحنظلي الرازي، من أهل أصبهان من حز، أحد الأئمة الحفاظ الأثبات، كان مشهوراً بالعلم، مذكوراً بالفضل، سمع من كثير، وروى عنه كثير ولد سنة (١٩٥هـ)، ومات في شعبان سنة (٢٧٧هـ). وله من العمر (٨٢هـ) سنة.
انظر: الثقات (٩/ ١٣٧)، تاريخ بغداد (٢/ ٧٣)، تذكرة الحفاظ (٢/ ٥٦٧)، تقريب التهذيب (١/ ٤٦٧).

(٤) هو: الإمام الحافظ الكبير، أبو أحمد، عبد الله بن عدي بن عبد الله الجرجاني، ويعرف أيضاً بابن القطان، وصاحب كتاب «الكامل» في الجرح والتعديل، كان أحد الأعلام، ولد سنة (٢٧٧هـ)، وتوفي سنة (٣٦٥هـ).
انظر: تذكرة الحفاظ (٣/ ٩٤٠ ـ ٩٤٢)، السير (١٦/ ١٥٤ ـ ١٥٦)، الشذرات (٣/ ٥١).

(٥) هو: الحافظ الكبير أبو بكر أحمد بن محمد بن احمد بن غالب البرقاني الخوارزمي الفقيه الشافعي مولده بخوارزم سنة (٣٦٣هـ) كان ثبتاً ورعاً عارفاً بالفقه كثير التصنيف ذا حظ من علم العربية، صنف مسنداً ضمنه ما اشتمل عليه الصحيحان، وكان حريصاً على العلم توفي سنة (٤٢٥هـ) ودفن في مقبرة الجامع ببغداد.
انظر: العبر للذهبي (٣/ ١٥٨)، البداية والنهاية (١٢/ ٣٦).

(٦) هو: الإمام الحافظ، أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد البغدادي، من أهل محلة دار القطن ببغداد. ولد سنة (٣٠٦هـ)، قال الخطيب: كان فريد عصره، وإمام وقته. =

حديث حميد عن أنس قال: قال رسول الله ﷺ: «**لا شفعة لنصراني**»[(١)].

قال: يرويه نائل بن نجيح عن الثوري عن حميد ـ يعني ـ مرفوعاً[(٢)]، وهو وهم[(٣)]، والصواب عن حميد الطويل عن الحسن من قوله، قال الدارقطني: نائل بغدادي. قلت ثقة؟ قال: لا[(٤)].

وقال الحافظ أبو بكر الخطيب[(٥)]: رواه محمد بن يوسف الغرباني[(٦)]،

= وانتهى إليه علم الأثر، والمعرفة بالعلل وأسماء الرجال مع الصدق والثقة وصحة الاعتقاد. ومن مصنفاته غير السنن: «العلل»، وكتاب «الأفراد». توفي سنة (٣٨٥هـ).
انظر: تذكرة الحفاظ (٣/ ٩٩١ ـ ٩٩٥)، السير (٦/ ٤٤٩ ـ ٤٦١)، طبقات الشافعية (١/ ١٦١، ١٦٢).

(١) سبق تخريجه.

(٢) المرفوع: ما أضيف إلى النبي ﷺ من قول أو فعل أو تقرير، سواء كان متصلاً أو منفصلاً.
انظر: المنهل الروي لابن جماعة (١/ ٤٠)، نخبة الفكر للعسقلاني (١/ ٢٣٠، ٢٣١)، تدريب الراوي للسيوطي (١/ ١٨٣).

(٣) الوهم هو الطرف المرجوح في المتردد، والشك ما استوى طرفاه.
انظر: القاموس المحيط (١/ ١٥٠٧)، الحدود الأنيقة (١/ ٦٨).
قال السيوطي في تدريب الراوي (١/ ٣٠٤): «الوهم تارة يكون في الحفظ وتارة يكون في القول وتارة يكون في الكتابة».

(٤) قال الهيثمي في مجمع الزوائد (٤/ ١٥٩): «رواه الطبراني في الصغير، وفيه نائل بن نجيح، وثقه أبو حاتم، وضعفه غيره».

(٥) هو: أحمد بن علي بن ثابت بن أحمد بن مهدي أبو بكر الخطيب البغدادي، أحد مشاهير الحفاظ وصاحب «تاريخ بغداد»، وغيره من المصنفات العديدة نحو من ستين مصنفا، وقيل: مائة مصنف ولد سنة (٣٩١هـ)، وقيل: (٣٩٢هـ). نشأ ببغداد وسمي الخطيب؛ لأنه كان يخطب بدرب ريحان. توفي يوم الاثنين السابع من ذي الحجة، سنة (٤٦٣هـ) وله (٧٢) سنة.
انظر: البداية والنهاية (١٢/ ١٠١، ١٠٣)، شذرات الذهب (٣/ ٣١١، ٣١٢)، النجوم الزاهرة (٥/ ٨٦، ٨٧)، الوافي بالوفيات (٧/ ١٢٦ ـ ١٣٠).

(٦) هو: محمد بن يوسف بن واقد عثمان الضبي، مولاهم أبو عبد الله الغرباني، نزيل قيسارية من ساحل الشام، ولد سنة (١٢٠هـ) أدرك الأعمش. وروى عن كثير وروى عنه كثير، وذكره ابن معين في الثقات. وقال النسائي عنه: ثقة، وقال البخاري: =

ومحمد بن كثير العبدي[١]، عن سفيان، عن حميد، عن الحسن قوله، وهو الصحيح[٢]، وكذا رواه [وكيع][٣]، وأبو حذيفة موسى بن مسعود[٤] عن سفيان. انتهى، وهو كما قالا ويدل عليه عدم احتجاج أحمد به، فإن إسناده[٥] لو كان مما تقوم به الحجة لاحتج به، فإنه نص في الحكم

= كان من أفضل أهل زمانه، ارتحل إليه الإمام أحمد بن حنبل فبلغه موته فرجع من حمص. مات سنة (٢١٢هـ). وعاش (٩٢) سنة.
انظر: الثقات (٩/ ٥٧)، تهذيب الكمال (٢٧/ ٥٢)، تهذيب التهذيب (٩/ ٤٧٢)، تقريب التهذيب (١١/ ٥١٥).

(١) هوك محمد بن كثير العبدي البصري، أبو عبد الله، المحدث، روى عن سعيد وسفيان وجماعة من ثقات البصرة. ثقة مكثر عنه البخاري، حديثه مخرج في الصحاح كلها، عاش (٩٠) سنة مات سنة (٢٢٣هـ).
انظر: الأنساب (٤/ ١٣٧)، العبر (١/ ٣٨٦ ـ ٣٨٨)، سير أعلام النبلاء (١٠/ ٣٨٢)، الشذرات (٢/ ٥٢).

(٢) انظر: التحقق في أحاديث الخلاف لابن لجوزي (٢/ ٢١٧)، تاريخ بغداد لابن الخطيب (١٣/ ٤٦٥).

(٣) ورد في المخطوط: (وديع)، والأصوب ما أثبت.
ووكيع: هو ابن الجراح بن مليح بن عدي بن فرس بن جمحة، هكذا نسبه أبو أحمد الحافظ النيسابوري، كنيته: أبو سفيان الرواسي الكوفي، من قيس عيلان، قيل: إن أصله من قرية من قرى نيسابور وقيل أصله من السعد، ولد سنة (١٢٩هـ) روى عن أحمد بن حنبل رَحِمَهُ اللَّهُ وأهل العراق، قدم بغداد وحدّث بها. كان حافظاً متقناً. وتوفي سنة (١٩٨هـ) وعمره (٦٦) سنة.
انظر: صفوة الصفوة (٣/ ١٧٠ ـ ١٧٢)، الوافي بالوفيات (٢٧/ ٢٦١)، المقصد الأرشد (٣/ ٨٥).

(٤) هو: أبو حذيفة النهدي، موسى بن مسعود البصري، روي عنه أحمد بن حنبل والناس. قال العجلي: ثقة صدوق. قال ابن أبي حاتم: سألت أبي عنه. فقال: صدوق معروف بالثوري، ولكن كان يصحِّف. حديثه عند البخاري في المتابعات قال البخاري: مات جمادى الآخرة سنة (٢٢٠هـ)، وقيل: (٢٢١هـ)، وله (٩٢) سنة.
انظر: الثقات (٧/ ٤٥٩)، تهذيب الكمال (٢٩/ ١٤٥)، تهذيب التهذيب (١٠/ ٣٢٩، ٣٣٠).

(٥) الإسناد هو: رفع الحديث إلى قائله. والمحدثون يستعملون السند والإسناد لشيء واحد. =

ومما دلَّ على الانتفاء قول الله تعالى: ﴿يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١][(١)].

وفي الإثبات جعل سبيل له على المسلم، لانتزاع ملكه قهرا، فكان منتفياً، ولأنه معنى يختص [بالعقار][(٢)]، فلم يستو فيه المسلم والكافر كالاستعلاء في البنيان[(٣)] وأولى، فإن الاستعلاء تصرف في هواء الملك والشفعة تصرف في ملك الغير بالانتزاع والإخراج، فإذا منع الأول لحرمة المسلم فأحرى منع الثاني[(٤)].

وما ذكروا من العموم فمخصوص بما أوردناه، ولا يصح الاعتبار برد المعيب؛ لأنه ثبت لفوات جزء من المال، والأمر ههنا بخلافه، وإنفاذ عمر لقضاء شريح لا يعرف إسناده فلا يعلم ثبوته، وبتقدير ثبوته فلا يلزم قول عمر رضي الله عنه [به][(٥)]، إذ للحاكم أن ينفذ قضاء غيره [٢٣١/ب]، فيما لا يراه من الأحكام النظرية كما هو معلوم[(٦)].

وإذ تقرر ما قلنا: فيقتضي اشتراط التكافؤ في الدين للشفعة كما هو

= والسند هو: أن ينقل العدل الضابط عن العدل الضابط إلى منتهاه من غير شذوذ ولا علة.
قال ابن المبارك: لولا السند، لقال كل من شاء ما شاء.
انظر: المحدث الفاضل للرامهرمزي (١/ ٢٠٩)، المنهل الروي لابن جماعة (١/ ٣٠)، تدريب الراوي للسيوطي (١/ ٦٣).

(١) قال الشوكاني في فتح القدير (١/ ٥٢٨): «وهذه الآية صالحة للاحتجاج على كثير من المسائل»، وقال البيضاوي: «واحتج به أصحابنا على فساد شراء الكافر من المسلم». انظر: تفسير البيضاوي (٢/ ٢٦٩).

(٢) ورد في المخطوط: (العقار)، والأصوب ما أثبت، لصحة المعنى.

(٣) انظر: الكافي لابن قدامة (٢/ ٤٣٥)، شرح الزركشي (٤/ ٢٠٦).

(٤) انظر: أحكام أهل الذمة للزرعي (١/ ٥٩٢، ٥٩٣).

(٥) تكررت هنا لفظة [به]، والأولى حذفها، ليستقيم المعنى.

(٦) قال المرداوي في الإنصاف (١١/ ١٨٨): «فعلى المذهب، يلزم من يكتب إليه بحكمه القبول، وتنفيذه كحاكم الإمام» وانظر: المغني لابن قدامة (١٤/ ٩٣).

شرط للقود[(١)] فيضم إلى ما مر من الشروط[(٢)].

وأما ثبوتها للمسلم على الذمي فمن باب أولى؛ لأنها تثبت للمسلم على المسلم مع عظم حرمته ووفور حقه، فأحرى أن تثبت على الذمي [لدناءته][(٣)] وتثبت للذمي على الذمي كما تثبت للمسلم على المسلم؛ لوجود التكافؤ، وهو داخل في عموم الأخبار، ولا فرق بين كون البائع مسلماً أو ذمياً[(٤)].

وفي «المستوعب»[(٥)] و«التلخيص»[(٦)] وجه بانتفاء الشفعة فيما إذا كان البائع مسلما، والمشتري والشفيع ذميين، قالا: وهو ظاهر كلام أبي الخطاب ـ يعنيان ـ قوله في «الهداية»: «وإن كان الشريك ذمياً فباع

---

(١) القود: بالتحريك، القصاص: والقصاص القود، وقد اقتص الأمير فلانا من فلان، إذا اقتص له منه، فقتله به، فمن وجوب القود: مكافأة المقتول للقاتل حال الجناية لأنه وقت انعقاد السبب، والمكافأة بأن لا يفضل المقتول القاتل بإسلام أو حرية أو ملك، فيقتل المسلم الحر بالمسلم الحر ذكراً كان أو أنثى، ولا يقتل حر بعبد ولا مسلم بكافر.

انظر: عمدة الفقه لابن قدامة (١/ ١٣٤)، أخصر المختصرات لابن بلبان (١/ ٢٤٥)، كشف المخدرات للبعلي (٢/ ٧٠٨)، الفائق للزمخشري (١/ ٦٨)، المطلع للبعلي (١/ ٣٥٧)، أنيس الفقهاء للقونوي (١/ ٥٨٢).

(٢) المقصود: شروط ثبوت الشفعة التي مرّ ذكرها، انظر: اللوح رقم [١٦٠/ب] وما بعده من المخطوط.

(٣) ورد في المخطوط: (الدناته)، والأصوب ما أثبت؛ لمناسبته سياق الجملة.

(٤) قال ابن قدامة في الكافي (٢/ ٤٣٥): «وتثبت الشفعة للمسلم على الذمي وللذمي على الذمي، للخبر والمعنى»، وانظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٥٢٥)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٥٢٠)، شرح الزركشي (٤/ ٢٠٦)، المبدع لابن مفلح (٥/ ٣٣٠)، فتح الملك العزيز لابن البهاء (٤/ ٢٥٩)، الإقناع للحجاوي (٢/ ٦٢٦).

(٥) قال السامري في المستوعب (٢/ ٨٨): «فإن كان البائع مسلماً، والمشتري والشفيع ذميين، فظاهر كلام أبي الخطاب، أنه لا يستحق الشفعة، وقياس المذهب أنه يستحق».

(٦) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٩٥): «وهو ظاهر كلام أبي الخطاب في الهداية. وأطلقهما في التلخيص والرعاية».

شريكه المسلم، لم يستحق عليه الشفعة[١]، فالمسلم صفة للبائع».

وهذا غلط محض بل المسلم مفعول ومنصوب على المفعولية، ويدل عليه قوله: «لم يستحق عليه الشفعة»، فإن نفي الحكم الشرعي إنما يستعمل في المحل القابل، ومعلوم أن البائع ليس محلاً للشفعة فلا يصح ما حكياه من الوجه.

وقد قال المصنف في «كتابه الكبير»[٢]: لا نعلم فيه خلافاً، مع اطلاعه على لفظ أبي الخطاب في كتابه.

(١) انظر: الهداية لأبي الخطاب (٣٢١).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٥٢٥).

[مدى اعتبار شرط الأخذ بالشفعة]

فصل

والشرط[١] يعتبر وجوده حالة البيع، واستمرار حكمه إلى الأخذ، ولو كان كافرا حين البيع فلا شفعة، أسلم بعد أو لا؛ لأنه لم يتأهل حين البيع، كما لو لم يكن شريكا حالتئذ، ولو كان مسلماً ثم ارتد وقتل بالردة أومات عليها، فإن كان قبل طلب الشفعة فلا إشكال في بطلانها؛ لأنه لو مات على إسلامه ولم يطالب لبطلت، فأحرى إذا مات على الردة، وإن كان بعد، ففي «المغني»[٢] ينتقل إلى المسلمين، ينظر فيها الإمام أو نائبه، ولا يصح لوجهين:

أحدهما: الشفعة بعد الموت إنما تكون بطريق الإرث ولا إرث، بين مسلم وكافر، وانتقال ماله إلى المسلمين إنما هو بوصف الفيء[٣].

---

(١) الشرط: ما يلزم من انتفاءه انتفاء الحكم؛ كالإحصان مع الرجم، والحول في الزكاة، فالشرط: ما لا يوجد المشروط مع عدمه، ولا يلزم أن يوجد عند وجوده. وهو مفيد للحكم بعد وجود سببه، فكان مانعا من ثبوت الحكم قبل وجوده.
قال الآمدي: وعدمه مخلاً بحكمة السبب، فهو شرط السبب.
وينقسم الشرط إلى أربعة أقسام: عقلي - وشرعي - ولغوي - وعادي.
وقد يتعدد الشرط وقد يتحد. ومع التعدد قد يكون كل واحد شرطاً مستقلاً، فيحصل المشروط بحصول واحد منها.
انظر: أصول السرخسي (١/ ٢٦١)، روضة الناظر لابن قدامة (١/٥٧)، الأحكام للآمدي (١/ ١٧٥)، إرشاد الفحول للشوكاني (١/ ٢٦٠).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٥١٤).

(٣) الفيء: المال الحاصل من الكفار من غير قتال ولا إيجاف خيل ولا ركاب كالجزية =

لا بوصف الميراث[1].

الثاني: الشرط لم يستمر وجوده، فوجب بطلان الشفعة كما لو طلب ثم أفلس.

ولو عاد إلى الإسلام قبل العلم بالبيع، فإن قيل يوقف تصرف المرتد[2] استمر على شفعته لتلاقي الحال، وإن قيل ببطلانه في الحال

= وعشر تجاراتهم المشروطة عليهم إذا دخلوا دار الإسلام وما جلوا عنه خوفاً، ومال من مات أو قتل على الردة، ومال من مات من أهل الذمة ولا وارث له.
ويقسم مال الفيء خمسة أسهم: الأول يقسم خمسة أسهم متساوية: **أحدها**: المضاف لله ورسوله ﷺ يصرف في مصالح المسلمين. **والثاني**: يصرف لأقارب رسول الله ﷺ. **الثالث**: يصرف للأيتام، والرابع يصرف للمساكين، والخامس: إلى أبناء السبيل. وأما الأخماس الأربعة فإنها كانت لرسول الله ﷺ في حياته مضمومة إلى خمس الخمس، وبعده الأصح أنها للمرتزقة المرصدين للجهاد.
أما الغنيمة هي: ما غلب عليه المسلمون بالقتال حتى يأخذوه عنوة.
انظر: كتاب الخراج للقرشي (١/ ١٥)، جواهر العقود للأسيوطي (١/ ٣٨٨).

(١) واختلفوا في مال المرتد إذا قتل أو مات على الردة على ثلاثة أقوال: **الأول**: أن جميع ماله الذي كسبه في إسلامه يكون فيئاً لبيت المال وهذا قول مالك والشافعي وأحمد. **والثاني**: يكون لورثته من المسلمين سواء كسبه في حال إسلامه أو ردته وهذا قول أبي يوسف ومحمد بن الحسن. والثالث: أن ما اكتسبه في حال إسلامه لورثته المسلمين، وما اكتسبه حال ردته فهو لبيت المال.
انظر: جواهر العقود للأسيوطي (١/ ٣٤٣، ٣٤٤).

(٢) ذهب المالكية والحنابلة غير أبي بكر والشافعية في الأظهر وأبو حنيفة إلى أن ملك المرتد لا يزول عن بمجرد ردته، وإنما هو موقوف عليه؛ لأن زوال العصمة لا يلزم منه زوال الملك، ولا حتمال العودة إلى الإسلام.
وبناء على ذلك يحجر عليه ويمنع من التصرف، ولو تصرف تكون تصرفاته موقوفة، فإن أسلم جاز تصرفه، وإن قتل أو مات بطل تصرفه وهذا عند المالكية والحنابلة وأبي حنيفة. أما الشافعية فقد فصلوا ذلك فقالوا: إن تصرف تصرفاً يقبل التعليق كالعتق والتدبير والوصية كان تصرفه موقوفاً إلى أن يتبين حاله، أما التصرفات التي تكون منجزة ولا تقبل التعليق تكون موقوفة أيضاً. وقال أبو يوسف ومحمد وهو قول عند الشافعية: لا يزول ملكه بردته؛ لأن الملك كان ثابتاً له حال الإسلام لوجود سبب الملك وأهليته وهي الحرية، والكفر لا ينافي الملك كالكافر الأصلي، وبناء على هذا تكون تصرفاته جائزة كما تجوز من المسلم حتى لو أعتق، أو كاتب، =

انقطعت الشفعة؛ لأن الأخذ بها نوع شراء وقد بطل في حقه، والكلام في أصل الوقف والبطلان يذكر في غير هذا الموضع.

وإن كان بعد العلم فإن قيل بفورية الطلب سقطت الشفعة بكل حال [٢٣٢/أ] لوجود التأخير من غير عذر. وإن قيل بالتراخي فلا سقوط.

وإن وقع البيع حال الردة، والمشتري كافر، وأخذ المرتد بالشفعة أنبنى على ما ذكرنا من الوقف والبطلان، لما مر، ذكره المصنف(١).

= أو باع، أو اشترى، أو وهب نفذ ذلك كله، إلا أن يوسف قال: يجوز تصرفه تصرف الصحيح، أما محمد فقال: يجوز تصرفه تصرف المريض مرض الموت.

القول الثالث: عند الشافعية وصححه أبو إسحاق الشيرازي وهو قول أبي بكر من الحنابلة أن ملكه يزول بردته لزوال العصمة بردته فماله أولى، لما روى طارق بن شهاب أن أبا بكر الصديق قال لوفد بزاخَّةِ وغطفان: «نَغنَمُ ما أصبنا منكم وتردون إلينا ما أصبتم منا».

ولأن المسلمين ملكوا دمه بالردة فوجب أن يملكوا ماله بالردة، وعلى هذا فلا تصرُّف له أصلاً، لا ملك له.

انظر: بدائع الصنائع (٧/ ١٣٦)، تحفة الفقهاء (٣/ ٣١٠)، الشرح الكبير للدردير (٤/ ٣٠٥)، مغني المحتاج (٤/ ١٤٢)، المبدع (٩/ ١٨٩).

(١) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٥١٤).

[الشفعة لأصحاب البدع]

فصل

وتثبت الشفعة للمحكوم بإسلامه من المبتدعة[١]، لدخولهم في عموم الأدلة، وكالفسقة[٢] بالأفعال. وقد نص أحمد على ما قلنا.

قال حرب: سألت أحمد. قلت: أصحاب البدع[٣] لهم شفعة؟

قال: بلى، سبحان الله. قلت يروى عن ابن إدريس[٤] قال: ليس

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٥٢٥، ٥٢٦)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٥٢٠)، المبدع لابن مفلح (٥/ ٢٣١)، فتح الملك العزيز لابن البهاء (١٤/ ٤٥٩)، الإقناع للحجاوي (٢/ ٦٢٧).

(٢) الفسق يختص بالكبيرة من المعاصي مما ليس بكفر. والفاسق يختص بمرتكبها. والفسق الأصغر: هو عمل الذنوب الكبائر التي سماها الله ورسوله فسقا وكفرا وظلما مع إجراء أحكام المؤمنين على عاملها.
انظر: إيثار الحق على الخلق لابن الوزير (١/ ٤٠٢)، معارج القبول للحكمي (٣/ ١١٧).

(٣) البدعة: بالكسر: الحدث في الدين بعد الإكمال. والبدعة بدعتان: بدعة هدى وبدعة ضلالة.
انظر: النهاية (١/ ٦٠٦) مختار الصحاح (١/ ١١٨)، القاموس المحيط (١/ ٩٠٦).
وسميت البدعة بدعة؛ لأنها على غير مثال سابق في الشرع، قال تعالى: ﴿بَدِيعُ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِ﴾ [البقرة: ١١٧]؛ أي: محدثها وموجدها على غير مثال سابق، والبدعة في الدين: هي ما لم يشرعه الله ورسوله. فما وافق السُّنَّة فهو محمود وما خالف السُّنَّة فهو مذموم.
انظر: تفسير ابن كثير (٢/ ١٦١)، الباعث على إنكار البدع لأبي شامة (٢٢)، توحيد الألوهية لابن تيمية (٤/ ١٠٧؛ ١٠٨)، معارج القبول للحكمي (١/ ١٣٢).

(٤) ابن إدريس: هو عبد الله بن إدريس أبو محمد الأودي. ابن يزيد بن عبد الرحمن ولد سنة (١١٥هـ).

للرافضة[1] شفعة، فضحك وقال: أراد أن يخرجهم من الإسلام[2]. انتهى.

وأما المحكوم بكفره منهم، فلا شفعة له، لما قررنا في صدر المسألة، ولأنها إذا لم تثبت للذمي المقر في الدار[3] فغيره من الكفرة أولى[4].

فصل

وتثبت أيضاً للبدوي كما تثبت للقروي[5]، نص عليه من وجوه.

= قال عبد الله بن أحمد بن حنبل سمعت أبي ذكر بن إدريس فقال كان نسيج وحده وقد سمع ابن إدريس من خلق كثير وجمع بين العلم والزهد وتوفي سنة (١٩٢هـ).
صفة صفوة لأبي الفرج (٣/ ١٦٩)، الوافي بالوفيات (١٧/ ٣٧).

(١) الرافضه: وهم الروافض: من الرفض والترك.
وهم كل جند تركوا قائدهم ورفضوه. انظر: لسان العرب لابن منظور (٧/ ١٥٧)، مختار الصحاح (١/ ٨٣٠)، القاموس المحيط (١/ ٨٣٠).
والرافضة: هم فرقة غلو في حب علي بن أبي طالب ﷺ حتى زادوا عن الحد. فمنهم من يقول: هو الإله، ومنهم من يقول: هو خير من الأنبياء، ومنهم من حمله على سبِّ أبي بكر وعمر، حتى إن بعضهم كفّر أبا بكر وعمر إلى غير ذلك من المذاهب.
وانقسمت الرافضة إلى اثنتي عشرة فرقة: العلوية، الإسحاقية، الناموسية، الإمامية، الأمرية، الشيعة، اليزيدية، العباسية، المتناسخة، الرجعية، اللاعنية، المتربصة.
انظر: العقيدة لأحمد بن حنبل (١/ ٦٢)، الفرق بين الفرق للبغدادي (١/ ١٥ ـ ١٨) تلبيس إبليس لابن الفرج (١/ ٣١)، الجواب الصحيح لابن تيمية (٥/ ١٣٣).

(٢) ذكرت هذه الرواية في: المغني لابن قدامة (٧/ ٥٢٦)، المبدع لابن مفلح (٥/ ٢٣١)، فتح الملك العزيز لابن البهاء (٤/ ٢٥٩).

(٣) أي: دار الإسلام.

(٤) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٥٢٦)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٥٢٠)، شرح الزركشي (٤/ ٢٠٧)، المبدع لابن مفلح (٥/ ٢٣١)، فتح الملك العزيز لابن البهاء (٤/ ٢٥٩)، الإقناع للحجاوي (٢/ ٦٢٧).

(٥) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٥٢٦)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٥٢٢)، الإقناع للحجاوي (٢/ ٦٢٧)، كشاف القناع للبهوتي (٤/ ١٦٥).

ففي «مسائل عبد الله»: سألت أبي عن الأعرابي له شفعة؟ قال: نعم[١].

وقال إسحاق بن منصور: قلت لأحمد: للأعرابي شفعة؟ قال: نعم.

وقال أبو طالب: قال أبو عبد الله: «للأعرابي شفعة هو مسلم».

وعن أبي الحارث[٢]، قال: قيل لأحمد: الأعرابي له شفعة؟ قال: نعم.

وقال إبراهيم بن الحارث: سئل أبو عبد الله عن الأعرابي له شفعة؟ قال: نعم. انتهى.

وفي معناه: كل من لا يسكن المصر، وبذلك قال الأكثرون منهم شريح، والنخعي[٣]، والحكم، وحماد، والثوري[٤]، والأئمة الثلاثة[٥]،

(١) انظر: مسائل الإمام أحمد بن حنبل. رواية ابنه عبد الله (١/٢٩٨)، برقم (١١١٠).

(٢) أبو الحارث: أحمد بن محمد بن عبد الله الصائغ، روى عن أبي عبد الله مسائل كثيرة، وجوَّد الرواية عنه، قال الخلال: «كان أبو عبد الله يأنس به ويقدمه ويكرمه، وهو عنده بموضع جليل». روى عن أبي عبد الله بضعة عشر جزءاً.
انظر: طبقات الحنابلة (١/ ٧٥)، المقصد الأرشد (١/ ١٦٣، ١٦٤).

(٣) الماوردي في الحاوي (٧/ ٣٠٣): «حكي عن الشعبي أنه قال: لا شفعة لبدوي على حضري، وحكي عن النخعي أنه قال: لا شفعة لغائب على حاضر».

(٤) قال ابن المنذر في الإشراف (١/ ٤٩): «واختلفوا في الشفعة للأعرابي، فقال الشعبي: ليس لمن لا يسكن بالمصر شفعة، وبه قال: البتي. وقال الثوري والشافعي وأحمد وإسحاق: الشفعة للبدوي والقروي. وبه قال: أصحاب الرأي. قال أبو بكر وكذلك نقول، لدخوله في ظاهر الحديث»، وانظر: شرح النووي على صحيح مسلم (١١/ ٤٦).

(٥) قال النووي في شرحه (١١/ ٤٦): «وفيه ثبوت الشفعة للأعرابي كثبوتها للمقيم في البادية قاله الشافعي، والثوري، وأبو حنيفة واحمد وإسحاق وابن المنذر والجمهور. وقال الشعبي: لا شفعة لمن لا يسكن المصر»، وانظر: الإشراف لابن المنذر (١/ ٤٩).
أما عند المالكية: فقال ابن القاسم في المدونة (١٤/ ٤٥٠): «(قلت): أرأيت الشفعة =

وإسحاق[١]، خلافاً للشعبي[٢]، وعثمان البتي[٣]، وابن أشوع[٤]. زاد الشعبي[٥]: ومن لا يسكن المصر، وهو جنوح إلى أن الشفعة موجبها إضرار الدخيل في المساكنة، ولهذا تثبت بالجوار في الجملة، وانتفت فيما عدا العقار وهو منتف ها هنا، فوجب انتفاء الشفعة.

لنا: عمومات الأخبار، والمعنى المقتضى للوجوب ثابت فيه، فإنه ربما احتاج إلى سكنى المصر في ثاني الحال، فيتوقع الضرر فبطل دعوى انتفائه[٦].

= في دور القرى ودور المدائن. هي سواء عند مالك (قال): ما اختلف هذا فيما علمنا عنده وكل هذا عندنا محمل واحد فيه الشفعة». انظر: شرح النووي (١١/ ٤٦).
أما عند الشافعية: انظر: الحاوي للماوردي (٧/ ٣٠٣)، الإشراف لابن المنذر (١/ ٤٦)، شرح النووي (١١/ ٤٦).

(١) انظر: الإشراف لابن المنذر (١/ ٤٦)، شرح النووي على صحيح مسلم (١١/ ٤٦). قال إسحاق بن منصور في مسائل الإمام أحمد (١٣٨): «قال إسحاق: نعم، للأعرابي واليهودي والنصراني و(المجوسي) شفعة، إنما يأخذ بالشركة».

(٢) انظر: الإشراف لابن المنذر (١/ ٤٩)، المحلى لابن حزم (٩/ ٩٤).

(٣) انظر: المرجعان السابقان.

(٤) ابن أشوع: هو سعيد بن عمرو ابن أشوع الكوفي، القاضي، نُسب إلى جده، وهو ثقة أخرج له الشيخان في الصحيحين وروى عنه الثوري وزكريا بن أبي زائدة والترمذي في سننه، مات في حدود (١٢٠هـ) في ولاية خالد بن عبد الله القسري.
انظر: الثقات (٦/ ٣٦٩)، تقريب التهذيب (٢/ ٤٩٦).

(٥) قال ابن حزم في المحلى (٩/ ٩٤): «قال الشعبي: لا شفعة لمن لا يسكن المصر».

(٦) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٥٢٦)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٥٢٢).

[الشفعة للمضارب في مال المضاربة]

قال: «وهل تجب الشفعة للمضارب على رب المال، أو لرب المال على المضارب فيما يشتريه للمضاربة على وجهين»[١].

مقتضى الجملة جواز شراء المضارب بمال المضاربة[٢] ما يجب استشفاعه[٣]، ويؤخذ من ظاهر نصه في رواية علي بن سعيد في صحة الشراء بمال المضاربة من يعتق على رب المال[٤] بطريق التنبيه، فإنه إذا

---

(١) انظر: المقنع لابن قدامة المطبوع (٢/ ٢٧٥)، والمخطوط (٥٩/أ).

(٢) المضاربة: وهي القراض بلغة أهل المدينة، والمقارضه: «المضاربة: والمعنى فيهما واحد. وقد قارضت فلانا قراضا؛ أي: دفعت إليه مالاً ليتجر وهي مفاعله من الضرب، وهو السير في الأرض للتجارة، قال تعالى: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضۡرِبُونَ فِي ٱلۡأَرۡضِ﴾ [المزمل: ٢٠]. قال السمعاني وابن كثير: عبارة عن السفر للتجارة. فمعنى الآية: يسافرون يطلبون ربح التجارة.
انظر: تفسير السمعاني (٦/ ٨٥)، تفسير ابن كثير (٤/ ٤٤٠)، الفائق للزمخشري (٣/ ٢٨٧)، المطلع للبعلي (١/ ٢٦١)، أنيس الفقهاء للقونوي (١/ ٢٤٧).
وفي الشرع: عقد شركة في الربح بمال من رجل وعمل من آخر. وهي: إيداع أولاً، وتوكيل عند علمه، وشركة إن ربح، وغصب إن خالف، وبضاعة إن شرط؛ كالربح للمالك ومقارضة إن شرط كل الربح للمقارض، وهي جائزة بالإجماع كما ذكر ابن المنذر.
انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ١٣٢، ١٣٣)، الفروع لابن مفلح (٤/ ٢٨٨)، الإنصاف للمرداوي (٥/ ٣٨٦)، قواعد الفقه (١/ ٤٩٢).

(٣) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٩٦): «واعلم أن في محل الخلاف طريقتين للأصحاب:
إحداهما: أنهما جاريين سواء ظهر ربح أم لا، سواء قلنا بملك المضارب حصته بالظهور أم لا. وهي طريقة أبي الخطاب في الهداية، وصاحب المذهب، والمستوعب والخلاصة، والتلخيص، والمصنف هنا وغيرهم، وقدمها الحارثي».

(٤) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ١٥٣): «وإن اشترى المأذون له من يعتق على رب المال بإذنه، صح وعتق».

صح فيما يفوت عوضه كان فيما لا يفوت أصح، وقد توجه بأنه قابل للربح فقد لا يؤخذ بالشفعة. وليس يخلو من إشكال، فإنه إنما يتصرف بما فيه مصلحة المال وتنميته وليس ذلك مما ينمو به، فلا يتناوله الإذن فيحتمل [٢٣٢/ب] تصويره على ما إذا أذن.

ثم في الجملة صورتان:

إحداهما: للمضارب شركة في عقار فاشترى بقيته من مال المضاربة هل له أخذه بالشفعة؟ أطلق [المصنف][(١)] ههنا[(٢)]، وأبو الخطاب[(٣)] والسامري[(٤)] وصاحب «التلخيص»[(٥)] وجهين.

ومعنى قوله: «على رب المال» أن الشراء وقع له فالاستحقاق يكون عليه.

أحد الوجهين: لا يأخذ وهو اختيار أبي الخطاب في «رؤوس المسائل»[(٦)] وصاحب «النهاية»[(٧)]؛ لأنه يتصرف لرب المال، فامتنع أخذه

---

(١) ساقطة من المخطوط وأثبتها كما ورد في الإنصاف (٦/ ٢٩٦).

(٢) يقصد إطلاق المصنف ابن قدامة في المتن.

(٣) قال أبو الخطاب في الهداية (٣٢٢): «ولا شفعة لرب المال على المضارب فيما يشتري له بمال المضاربة في أحد الوجهين؛ وفي الآخر: تجب فيه الشفعة».

(٤) قال السامري في المستوعب (٢/ ٩٣): «ولا شفعة لرب المال على المضارب فيما يشتريه بمال المضاربة في أحد الوجهين، وفي الآخر: تجب فيه الشفعة».

(٥) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٩٦): «فهل تجب للمضارب شفعة فيما اشتراه من مال المضاربة؟ أطلق المصنف فيه وجهين. وأطلقهما تخريجا في الهداية، والمذهب، والمستوعب والتلخيص».

(٦) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٩٦): «إحداهما: لا تجب الشفعة به له، وهو الصحيح من المذهب. صححه في «الخلاصة»، «والتصحيح»، واختاره أبو الخطاب في «رؤوس المسائل»، وأبو المعالي في «النهاية»»، وانظر: القواعد لابن رجب (١/ ٤٥٤).

(٧) قال ابن مفلح في المبدع (٥/ ٢٣٢): «قال صاحب «النهاية»، وعندي أنه لا شفعة للعامل فيما اشتراه كالوكيل والوصي».

كما في الوكيل المطلق والوصي، ليس لهما شراء ما يتوليان بيعه [وقد يفرق بينهما بأن الوكيل والوصي إنما امتنع شراؤهما، لوجوب الاستقصاء في الثمن، والاستقصاء غير منضبط. فيتهمان في حصوله][(١)]، فالواجب ها هنا بدل مثل الثمن وهو منضبط فلا تهمه [وأيضاً فيرد عليه استشفاع الوالي على موليه فيما[(٢)] اشتراه له [. . . . .][(٣)].

والثاني: يأخذ وهو الأولى[(٤)]. وبه قال أبو حنيفة[(٥)] والمالكية[(٦)] في أحد القولين؛ لأنه شقص منتقل بالشراء، له فيه شرك متقدم، فيدخل في عموم الأخبار.

وفي «المغني»[(٧)]: إن لم يكن في المال ربح أو كان وقلنا: لا يملك بالظهور[(٨)]، فله الأخذ؛ لأن الملك لغيره، وإن قلنا: يملكه

---

(١) كتبت هذه العبارة في حاشية المخطوط، وقد أثبتها بعد علامة الإلحاق، وقد كتب الناسخ بعده هذه العبارة (صح، يتلوه فالواجب).

(٢) كتب الناسخ هذه العبارة في حاشية المخطوط، وقد أثبتها بعد علامة الإلحاق التي أثبتها الناسخ.

(٣) هنا جملة غير واضحة في طرف الحاشية وقد تكون [اشتراه له إذا كان شريكاً لمن باع عليه؛ لأنه ليس له الأخذ؛ لأنه متهم في بيعه فهو بمنزلة من يشتري لنفسه من مال يتيمه] فهما من المسألة الواردة في المغني (٧/ ٤٧٣) [إن كان الوصي شريكان لمن باع عليه لم يكن له الأخذ].

(٤) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٩٦): «خرجه أبو الخطاب من وجوب الزكاة عليه في حصته، قال الحارثي وهو الأولى».

(٥) قال السرخسي في المبسوط (١٣/ ١٥٦): «ولو كان المضارب هو الشفيع بدار من المضاربة فيها ربح، وليس له من دار المضاربة غيرها، فسلم المضارب الشفعة، كان لرب المال أن يأخذها لنفسه، وإن سلم رب المال، كان للمضارب أن يأخذها لنفسه»، وانظر: بدائع الصنائع للكاساني (٤/ ١١٤)، تبيين الحقائق للزيلعي (٦/ ٣٨٨، ٣٨٩).

(٦) قال القرافي في الذخيرة (٧/ ٣١١): «وإذا اشترى العامل شقصا هو شفيعه أخذ ولا يمنعه رب المال، وإذا كان رب المال الشفيع أخذ»، وانظر: حاشية الخرشي (٧/ ٧٥)، حاشية العدوي (٧/ ٧٥).

(٧) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٧٥).

(٨) اختلف فقهاء المذهب في القول بتملك المضارب حصته من الربح بالظهور إلى عدة أقوال: =

بالظهور، ففيه الوجهان كما في رب المال، فقيد الخلاف بحالة الظهور وملك [المضارب][١] وهو طريق أصحاب الشافعي[٢]، ولم يفرقوا في الظهور بين كونه مقترنا بالشراء أو حادثا بعد، والفرق واجب، فإن الحدوث يستلزم تقدم استحقاق الشفعة، فطريان الشركة بالربح بعده لا يرفع الاستحقاق، كما لا يرفعه طريان الشركة بالإرث في بعض الشقص.

وقال بعض المالكية[٣]: إن قال اشتريت للمضاربة عالما بوجوب الشفعة فلا شفعة؛ لإسقاطه إياها بطلب الربح والتنمية، وإن جهل حلف وكانت له الشفعة.

فرع

اشتراه لنفسه، وتعدى بنقد الثمن من مال المضاربة، يكون ضامنا،

= **إحداهما**: يملكه بالظهور، وهو المذهب قاله أبو الخطاب وجزم به في الوجيز وقدمه في المحرر وغيره.

والرواية الثانية: لا يملكه إلا بالقسمة. اختاره القاضي وغيره وذكره الأزجي. وهناك رواية ثالثة: يملكها بالمحاسبة والتنضيض والفسخ قبل القسمة، والقبض نص عليها واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله وصاحب الفائق.

انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ١٦٥)، الإنصاف للمرداوي (٥/ ٤٠٣)، الإقناع للحجاوي (٢/ ٤٥٩).

(١) ورد في المخطوط: (المطارب)، والأصوب ما أثبت.

(٢) قال العمراني في البيان (٧/ ١١٧): «والذي يقتضي المذهب: أنه إذا لم يكن فيه ربح، أو كان فيه وقلنا: لا يملكه بالظهور: أن له أخذه بالشفعة، وجهاً واحداً كما لو كانت دار بين شريكين، فأذن رجل لأحدهما أن يبتاع له نصيب شريكه، فإن للوكيل أن يأخذ ما أشتراه بالشفعة لنفسه»، وانظر: الحاوي للماوردي (٧/ ٢٦٥)، روضة الطالبين للنووي (٤/ ١٩٢).

(٣) قال القرافي في الذخيرة (٧/ ٣١١): «قال اللخمي: قيل: لا شفعة للعامل، قال: وهو أبين إذا قال: اشتريت للقراض وهو عالم بوجوب الشفعة للشريك؛ لأن ذلك إقرار منه أنه قصد الربح، والشفعة لا ربح فيها. فهو خلاف ما أقر به، وإن جهل فأُعلم بعد الشراء حلف وأخذ».

وإن ظهر فيه ربح فلرب المال[١]، وبه قال مالك[٢].

الصورة الثانية: اشترى بمال المضاربة شقصاً في شركة المالك، هل للمالك أخذه بالشفعة؟ فيه وجهان مأخوذان من الروايتين في شراء [رب][٣] المال من مال المضاربة: **أحدهما**: لا، وهو اختيار القاضي[٤] وأبي الخطاب[٥] وغيرهما[٦]، وأصح الوجهين للشافعية[٧]؛ لأن الملك له فلا يستحقها على نفسه وإذا الشقص كسائر أموال [القراض][٨].

[**والثاني**: نعم، وهو قول أبي حنيفة[٩]، ونص ابن القاسم في

(١) قال المرداوي في الإنصاف (٥/ ٣٨٤): «لو تعدى الشريك مطلقا ضمن، والربح لرب المال على الصحيح من المذهب».

(٢) قال ابن القاسم في المدونة (١٢/ ١٢٩): «(قلت): فلو دفعت إلى رجل مالاً قراضا فبعثت إليه قبل أن يشتري بالمال شيئا، فقلت له: لا تشتر بالمال شيئاً ورده علي، فتعدى فاشترى به سلعة فربح فيها، قال: أرى أن هذا ليس بفار من القراض، وأراه ضامناً والربح له»، وانظر: الذخيرة للقرافي (٧/ ٣١١).

(٣) ساقطة من المخطوط؛ وأثبتها كما في المغني لابن قدامة (٧/ ٤٧٤، ٤٧٥).

(٤) قال المردواي في الإنصاف (٦/ ٢٩٧): «**إحداهما**: لا تجب الشفعة، وهو الصحيح من المذهب، صحّحه أبو المعالي في نهايته وخلاصته، والناظم وصاحب التصحيح، وغيرهم. قال الحارثي: اختاره القاضي وأبو الخطاب، وقدمه في الفروع. ذكره في المضاربة».

(٥) قال أبو الخطاب في الهداية (٣٢٢): «ولا شفعة لرب المال فيما يشتريه بمال المضاربة في أحد لوجهين».

(٦) انظر: الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٩٧).

(٧) قال الرافعي في فتح العزيز (١١/ ٤٩٩): «ولو اشترى بمال القراض شقصاً من عقار ينقسم، فيه شركة لرب المال، ففي ثبوت الشفعة له وجهان عن ابن سريح أصحهما: المنع، ووجه الثاني: أن مال القراض كالمنفرد في ملكه، لتعلق حق الغير به».

(٨) ورد في المخطوط: (العماص) وما أثبت في الأصل المناسب للسياق.

(٩) قال البابرتي في العناية (٨/ ٣٣٠): «إذا اشترى المضارب دارا، ورب المال شفيعها بدار له أخرى، فله أن يأخذ بالشفعة؛ لأن شراء المضارب وإن وقع له، ولكن في الحكم كأنه مال ثالث».
وانظر: المبسوط للسرخسي (١٣/ ١٥٦)، بدائع الصنائع للكاساني (٤/ ١١٤)، تبيين الحقائق للزيلعي (٦/ ٣٨٨، ٣٨٩).

«المدونة»[١]؛ لأن مال المضاربة كالمنفرد عن ملكه لعلاقة حق المضارب، فإنه يستحق البيع لنض المال[٢] فوجب للمالك الأخذ منه دفعاً لهذا الضرر، وإنما قال المصنف: [ولرب المال على المضارب لذلك][٣].

(١) قال ابن القاسم في المدونة (١٤/ ٤٤٧): «قلت: أرأيت إن دفعت إلى رجل مالاً قراضاً فأتى إلى شقص من دار أنا فيها شريك فاشترى ذلك الشقص، فأردت أن آخذ بالشفعة (قال): ذلك لك».

(٢) ناض المال: أي: نض منه إذا صار ورقاً وعيناً بعد أن كان متاعاً. وهو من قول العرب: أخذ من ناض له؛ أي: من أصله وخالصه. انظر: غريب الحديث لا قتيبة (٢/ ٥٩٩)، الفائق للزمخشري (٣/ ٤٤٠)، غريب الحديث لابن الجوزي (٢/ ٤١٥).

(٣) كتب الناسخ هذه العبارة في حاشية المخطوط، وقد أثبتها بعد علامة الإلحاق التي أثبتها الناسخ.

[الشفعة في شقص المضاربة]

فصل

بيع شقص في شركة مال القراض، بأن اشترى من المال شقصا من عقار، ثم بيع فيه شقص آخر، فللعامل أخذه بالشفعة مع [الحظ](١)، وإن ترك فلرب المال أخذه لثبوت الشركة بملكه المتقدم، ولم ينفذ عفو [٢٣٣/أ] العامل؛ لأن المستحق غيره، فلم ينفذ عفوه عليه؛ كالمأذون له(٢).

ولو كان العقار لثلاثة، فقارض أحدهم أحد شريكيه بألف فاشترى به نصف نصيب الثالث، فلا شفعة فيه في أحد الوجهين؛ لأن أحدهما مالك المال، والآخر عامل فيه، فهما كشريكين في متاع، لا يستحق أحدهما على الآخر شفعة «ذكره في المغني»(٣) قال: ولو باع الثالث بقية نصيبه لأجنبي ثبتت الشفعة بينهم أخماساً، للمالك خمساها، وللعامل مثله ولمال القراض خمس بالسدس الذي له، جعلا لمال القراض كشريك آخر لتميز حكمه عن مال كل واحد منهما.

---

(١) ورد في المخطوط: (الحط)، والأصوب ما أثبت كما ورد في الإنصاف وفي المغني. انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٧٤)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٥٢٣)، الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٩٧، ٢٩٨).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٧٤)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/ ٥٢٣)، الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٩٧، ٢٩٨)، الإقناع للحجاوي (٢/ ١٢٨)، كشاف القناع للبهوتي (٤/ ١٦٥).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٥١٧).

فصل

باع المضارب من مال المضاربة شقصا في شركة نفسه، لم يأخذ بالشفعة؛ لأنه متهم، فأشبه الشراء من نفسه، ذكره المصنف(١).

فصل

تثبت الشفعة للسيد على مكاتبه، ذكره القاضي(٢)، والمصنف(٣)؛ لأن السيِّد لا يملك ما في يده ولا [يُزكِّيه](٤) ولهذا جاز أن يشتري منه.

وأما العبد المأذون، فإما أن لا دين عليه، فلا شفعة بحال؛ لأن ما في يده ملك للسيد، فكيف يستشفع على نفسه؟ ولهذا امتنع أن يشتري منه، وإما عليه دين مستغرق، فالشفعة عليه تنبني على جواز الشراء منه(٥)، وفيه وجهان(٦). والله أعلم.

آخر الجزء من شرح المقنع، فرغ منه كاتبه كما وجده في أواخر شعبان سنة ثمان وأربعين وسبعمائة.

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٧٤).

(٢) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٩٨): «تثبت الشفعة للسيد على مكاتبه، ذكره القاضي، والمصنف، وغيرهما؛ لأن السيد لا يملك ما في يده، ولا يزكيه ولهذا جاز أن يشتري منه».

(٣) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٧٤): «وأما المكاتب فله الأخذ والترك، وليس لسيده الاعتراض عليه؛ لأن التصرف يقع له دون سيده».

(٤) ورد في المخطوط: (تركته)، والأولى ما أثبت.

(٥) قال المرداوي في الإنصاف (٦/ ٢٩٨): «أما العبد المأذون له، فإن كان لا دين عليه، فلا شفعة بحال لسيده، وإن كان عليه دين، فالشفعة عليه تنبني على جواز الشراء منه»، وانظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٧٤).

(٦) قال المرداوي في الإنصاف (٥/ ٣٩٧، ٣٩٨): «وقال المصنف والشارح: ويحتمل أن يصح الشراء من عبده المأذون إذا استغرقته الديون»، وانظر: المغني لابن قدامة (٧/ ١٦٧).

والحمد لله رب العالمين، وصلى الله [وسلم][1] على محمد خاتم النبيين وعلى آله وصحبه أجمعين.

(١) ساقطة من المخطوط، والأولى ما أثبت.

الشفعة بين المسلم والذمي

تحرير محل النزاع:

لا خلاف بين العلماء في أن الشفعة حق للمسلم على الذمي كحق الشفعة على المسلم، ولا خلاف في أنها حق للذمي على الذمي كحق المسلم على المسلم[١]، إنما الخلاف في حق الشفعة للذمي على المسلم، حيث اختلف العلماء على مذهبين:

المذهب الأول: أن للذمي حق الشفعة على المسلم، روي ذلك عن شريح، وبه قال عمر بن عبد العزيز، وإياس بن معاوية، والنخعي، وحماد بن أبي سليمان، والثوري، وعبيدالله بن الحسن وإسحاق[٢]، وبه قال أصحاب الرأي[٣]، ومالك[٤]، والشافعي[٥]، وقول عند الحنابلة[٦].

المذهب الثاني: أنه لا شفعة للذمي على المسلم، روي ذلك عن

(١) انظر: الحاوي الكبير، لأبي الحسن الماوردي (٧/ ٣٠٢)، الاستقصاء للماراني (١٥/ ٦٤٣)، المغني لابن قدامة (٧/ ٥٢٥)، الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الرحيلي (٥/ ٨٠٢).

(٢) انظر مذاهبهم في: الإشراف لابن المنذر (٢/ ٨، ٩) المغني لابن قدامة (٧/ ٥٢٤).

(٣) انظر: مختصر اختلاف العلماء للجصاص (٤/ ٢٤٤)، المبسوط للسرخسي (١٤/ ٩٣).

(٤) انظر: القوانين الفقهية لابن جزي (٢١٤)، التاج والإكليل للعبدلي (٥/ ٣٩٥).

(٥) انظر: الإشراف لابن المنذر (٢/ ٩)، الحاوي للماوردي (٧/ ٣٠٢).

(٦) انظر: الإنصاف للمرداوي (٦/ ١٢).

مجاهد، والحسن البصري، والشعبي[١]، وعثمان البتي، والحارث العكلي[٢] وبه قال أحمد بن حنبل[٣].

منشأ الخلاف:

الخلاف في الأخذ بحديث: «**لا شفعة لنصراني**»، فمن أخذ به جعله مخصصاً لعموم إثبات حق الشفعة للشريك في حصة شريكه، بالإضافة إلى الأدلة العامة التي تمنع اجتماع دينين في جزيرة العرب والنهي عن بدء أهل الكتاب بالسلام والتضييق عليهم في الطرقات[٤].

وإن الشفعة ثبتت على خلاف الأصل، إذ الأصل حرية البيع لمن يريد، لكن الإسلام جعلها حقاً من حقوق المسلمين على بعضهم البعض كإجابة الدعوة وزيارة المريض، وكمنع أن يبيع على بيع أخيه أو يخطب على خطبته[٥]، أما من قال بضعف حديث النصراني فأبقى العموم على عمومه فيحق لكل شريك أن ينتزع حصة شريكه دون تفريق بين الشركاء[٦].

الأدلة

استدل كل مذهب بأدلة تؤيد ما ذهب إليه على النحو الآتي:

---

(١) انظر: أحكام أهل الملل للخلال (١١٤)، أحكام أهل الذمة لابن القيم (٢١٨).

(٢) انظر: الإشراف لابن المنذر (٢/ ٩)، الحاوي للماوردي (٧/ ٣٠٢)، المغني لابن قدامة (٧/ ٥٢٤).

(٣) وهو من مفردات المذهب. انظر: الإنصاف للماوردي (٦/ ٣١٢)، أحكام أهل الذمة لابن القيم (٢١٧).

(٤) سيأتي ذكرها في أدلة المذهب الثاني.

(٥) انظر: أحكام أهل الذمة لابن القيم (٢١٧) ـ بتصرف ـ.

(٦) انظر: الحاوي للماوردي (٧/ ٣٠٣) ـ بتصرف ـ.

أدلة المذهب الأول:

استدل جمهور الفقهاء القائلون بثبوت حق الشفيع الذمي على المسلم بالمعقول من السُّنَّة والإجماع والقياس.

أولاً: من السُّنَّة:

عموم الأحاديث المثبتة للشفعة في حصة الشريك ومنها حديث جابر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ: «قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم...»[(١)].

وبقية الأحاديث التي ذكرها الشارح.

وجه الدلالة من الأحاديث: هذه الأحاديث تدل دلالة ظاهرة على ثبوت حق الشفعة للذمي على المسلم؛ لأن عموم هذه الأحاديث لم يفرق بين المسلم وغيره من الشركاء[(٢)].

ثانياً: من الإجماع:

ما رُوي عن شريح أنه قضى بالشفعة للذمي على المسلم وكتب بذلك إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فأجازه وأقرّه وكان ذلك في محضرٍ من الصحابة - رضوان الله عليهم - ولم ينكر عليه أحد منهم فكان إجماعاً[(٣)].

ثالثاً: من القياس:

استدلوا بعدة أقيسة منها: أن ما جاز أن يملك به المسلم من المعاوضات جاز أن يملك به الذمي كالمبيعات، ولأن من ملك بالبيع ملك بالشفعة كالمسلم[(٤)]، ولأن الحقوق الموضوعة لدفع الضرر في

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (٣/ ١٢٢٩) كتاب المساقاة، باب الشفعة.
(٢) انظر: الاختيار للموصلي (٢/ ٤٣)، الحاوي للماوردي (٧/ ٣٠٢).
(٣) انظر: المبسوط للسرخسي (١٤/ ٩٣).
(٤) انظر: الحاوي للماوردي (٧/ ٣٠٣).

العقود يستوي فيها المسلم والذمي كالرد بالعيب[١]، ولأن ما تعلق بالشرك من إزالة المُلك استوى فيه المسلم والذمي قياساً على عتق الذمي شركاً له في عبد[٢].

أدلة المذهب الثاني:

استدل القائلون بعدم جواز الشفعة للذمي على المسلم بالمنقول من الكتاب و السُّنَّة والمعقول.

أولاً: من الكتاب:

قول الله ﷻ: ﴿يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١].

وجه الدلالة: أن الله امتن على عباده المؤمنين بأن لا يجعل للكافرين سبيلاً، وفي إعطاء الذمي حق الشفعة على المسلم من أعظم السبيل في تسليط الكافر على انتزاع أملاك المسلمين منهم، وإخراجهم منها قهراً[٣].

ثانياً: من السُّنَّة:

استدلوا بعدة أحاديث منها:

الأول: حديث أنس بن مالك رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**لا شفعة لنصراني**»[٤].

وجه الدلالة: أن الحديث نصٌ في نفي الشفعة عن النصراني ونحوه من أهل الذمة[٥].

(١) انظر: الاختيار للموصلي (٢/ ٤٣)، والتاج للعبدري (٥/ ٣٦٥)، والحاوي للماوردي (٧/ ٣٠٣)، والمغني لابن قدامة (٧/ ٥٢٤).
(٢) انظر: الحاوي للماوردي (٧/ ٣٠٣).
(٣) انظر: أحكام أهل الذمة لابن القيم (٢١٩) ـ بتصرف ـ الحاوي للماوردي (٧/ ٢٠٣).
(٤) سبق تخريجه.
(٥) انظر: أحكام الشفعة للدرعان (١٢٣).

الحديث الثاني: ما رواه أبو هريرة ﵁ قال: قال رسول الله ﷺ: «**لا تبدءوا اليهود والنصارى بالسلام، وإذا لقيتموهم في الطريق فاضطروهم إلى أضيقها**»(١).

وجه الدلالة: أنه لم يجعل لهم حق الطريق المشترك عند تزاحمهم مع المسلمين فكيف يجعل لهم حق انتزاع ملك المسلم منه قهراً(٢)؟.

الحديث الثالث: ما رواه أبو هريرة ﵁ أن رسول الله ﷺ قال في مرضه الذي تُوفي فيه: «**لا يجتمع دينان في جزيرة العرب**»(٣).

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ حكم بإخراجهم من أرضهم ونقلها إلى المسلمين؛ لتكون كلمة الله هي العليا، ويكون الدين كله لله، فكيف نسلطهم على انتزاع أراضي المسلمين منهم وإخراجهم منها؟(٤).

ثالثاً: من بالمعقول:

بعد وجهين:

الوجه الأول: لأنه معنىً يملك به ويترتب عليه وجود ملك مخصوص فلم يجب للذمي على المسلم كالزكاة(٥).

الوجه الثاني: قال ابن القيم إذا كان كثير من الفقهاء يمنعون الذمي من التمليك بالإحياء للموات في ديار المسلمين كابن المبارك والشافعي

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (٤/ ١٧٠٧) كتاب الإسلام، باب النهي عن ابتداء أهل الكتاب بالسلام، وكيف نرد عليهم؟ رقم (٢١٦٧).

(٢) انظر: أحكام أهل الذمة لابن القيم (٢١٨).

(٣) أخرجه إسحاق بن راهويه في مسنده، كما نقل عنه الزيلعي في نصب الراية (٣/ ٤٥٤) بسنده من طريق صالح بن أبي الأخضر عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة، وأخرجه مالك في الموطأ (٨٩٢) من طريق ابن شهاب مرسلاً.

(٤) انظر: أحكام أهل الذمة لابن القيم (٢١٩).

(٥) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٥٢٤).

وأحمد في رواية وكثير من المالكية مع أن الإحياء لا يتضمن انتزاع ملك مسلم منه فلأن يُمنع من انتزاع أرض المسلم وعقاره منه قهراً أولى وأحرى[١].

مناقشة الأدلة

أولاً: مناقشة أدلة المذهب الأول:

ناقش ابن القيم أدلة الجمهور القائلين بثبوت الشفعة للذمي على المسلم فقال: وليس مع الموجبين للشفعة نص من كتاب الله، ولا سُنَّة رسول الله ﷺ ولا إجماع من الأمة[٢]، وغاية ما معهم إطلاقات وعمومات مما لا يعرض فيه للمستحق، وإنما سبقت لأحكام الأملاك لا لعموم الأملاك من أهل الملة وغيرهم، وليس معهم قياس استوى فيه الأصل والفرع في المقتضى للحكم، فإن قياس الكافر على المسلم من أفسد القياس، وكذلك قياس بعضهم من تجب له الشفعة بمن تجب عليه من أفسد القياس ـ أيضاً ـ فإن الذمي يستحق عليه القصاص ولا يستحقه هو على المسلم، ويستحق عليه حد القذف ولا يستحقه، وكذلك المسلم يستحق تعلية البنيان على الذمي ولا يستحقه الذمي عليه، والمسلم يستحق نكاح الكافرة وشراء الرقيق الكافر ولا يستحق الذمي نكاح المسلمة ولا شراء الرقيق المسلم.

ورد على استدلالهم بالقياس على خيار الرد بالعيب أنه من باب استدراك الظُلامة وأخذ الجزء الفائت الذي يترك على الثمن في مقابلته،

---

(١) انظر: أحكام أهل الذمة لابن القيم (٢٢٠).

(٢) كأن ابن القيم يرد ادعاء المذهب الأول الاجماع بقصة شريح وأنها غير ثابتة وخصوصاً أن ابن القيم لما ذكر أقوال الفقهاء القائلين بعدم جواز الشفعة للذمي ذكر منهم شريحاً.
انظر: أحكام أهل الذمة لابن القيم (٢١٨).

فإن ذلك من تسليطه على انتزاع ملك المسلم منه قهراً واستيلائه عليه؟[١].

أما استدلالهم بإزالة الضرر الذي يستوي فيه الذمي وغيره، فالجواب عنه: أن الشفعة وجبت لإزالة الضرر عن الشفيع وإن كان فيها ضرر بالمشتري، فإذا كان المشتري مسلماً نُسلط على الذمي على انتزاع ملكه منه قهراً كان فيه تقديم حق الذمي على حق المسلم، وهذا ممتنع، وأيضاً فإنه يتضمن مع إضراره بالمسلم ضرراً بالدين وتملك دار المسلمين منهم قهراً وشغلها بما يسخط الله بدل ما يرضيه وهذا خلاف قواعد الشرع[٢].

راجع: المناقشات التي أوردها الحارثي في الرسالة.

ثانياً: مناقشة أدلة المذهب الثاني:

ناقش الجمهور أدلة الحنابلة ومن وافقهم القائلين بعدم ثبوت الشفعة للذمي على المسلم بالمناقشات الآتية:

أولاً: استدلالهم بالآية: ﴿يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١]، الجواب: أن هذا السبيل على مال المسلم لا على المسلم نفسه[٣].

ثانياً: استدلالهم بالحديث: «**لا شفعة لنصراني**». الجواب: أن الخبر فيه ضعف، ويحمل على سكوته عن الطلب ثم أدعى أنه لم يعلم أنها على الفور مع كونه نشأ بين المسلمين، وتكون فائدته ألا يصدق فيما يدعيه من عدم معرفته بأحكام المسلمين[٤].

---

(١) انظر: أحكام أهل الذمة لابن القيم (٢٢١).
(٢) انظر: المرجع السابق (٢١٩).
(٣) انظر: الحاوي للماوردي (٧/ ٣٠٣).
(٤) انظر: الحاوي للماوردي (٧/ ٣٠٣)، الاستقصاء للماراني (١٥/ ٦٤٤).

ثالثاً: أما الحديثان الآخران: النهي عن بدئهم بالسلام والتضييق عليهم في الطرقات وعدم اجتماع دينين في جزيرة العرب فهما عامان وفي غير محل النزاع.

رابعاً: استدلالهم بالمعقول في أن الذمي لا يملك بالإحياء في ديار الإسلام فكذلك أولى لا يملك بالشفعة، فالجواب: أن الذمي لا يملك بالإحياء؛ لأن الإحياء يملكه أهل الديار، والذمي ليس من أهل الدار، ولأن في الإحياء تفويت منفعة على المسلمين بغير عوض بخلاف الشفعة مأخوذة ببدل ممكن[١].

الرأي المختار:

الناظر في أدلة المجيزين يجد أن غاية ما فيها عمومات أحاديث الشفعة وليس فيها نص في إيجاب حق الشفعة للكافر، ونجد في المقابلة قوة أدلة المانعين وظهور دلالاتها وأحاطتها بالمسألة من كل جوانبها وأبعادها ولذلك رجح ابن القيم القول بالمنع وانتصر له بالمنقول والمعقول[٢] وتبعه في الترجيح الدكتور الدرعان في كتابه أحكام الشفعة حيث قال: إذا كانت حقيقة الشفعة هي انتزاع ملك الغير منه قهراً لدفع المضرة عن الشفيع فإنه إذا كان هذا الشفيع كافراً فإن فيه تسليطاً له على حق المسلم فإنه مع أن فيه إلحاق المضرة بالمشتري المسلم إلا أن فيه ضرراً على المسلمين جميعاً من حيث انتزاع أملاكهم على مبدأ القول بثبوت حق الشفعة للكافر، وبذلك تكون لهم الغلبة في تملك دار المسلمين، ولعل سياسية الاعتداء والاستيطان تتخذ من الشفعة سبباً من أسباب التوسع في بلاد المسلمين لقصد الإيذاء والكيد لهم وقهرهم في

(١) انظر: الحاوي للماوردي (٧/ ٣٠٣)، الاستقصاء للماراني (١٥/ ٦٤٤).

(٢) انظر: أحكام أهل الذمة لابن القيم (٢١٧/ ٢٢٢).

عقر دارهم كما هي الحال في عدد من نواحي العالم الإسلامي في وقتنا الحاضر، الأمر الذي يترجح معه القول بعدم ثبوت الشفعة للكافر على المسلم. والله أعلم[١].

(١) انظر: أحكام الشفعة للدرعان (١٢٥).

إذا أقرَّ البائع بالبيع وأنكرَ المشتري

تحرير محل النزاع:

لا خلاف بين أهل العلم أنه إذا باع البائع واشترى المشتري الخارجي وثبت البيع فجاء الشفيع راغباً في ذلك الشقص المباع فله انتزاعه من المشتري الخارجي بمثل الثمن الذي اشترى به هذا إذا كان البيع ثابتاً بين البائع والمشتري لكن الخلاف بين العلماء فيما إذا أقرَّ البائع بالبيع وأنكر المشتري فهل للشفيع حق الشفعة أو لا على مذهبين لأهل العلم هما:

المذهب الأول: أن للشفيع الأخذ بالشفعة وهو مذهب الحنفية[١] وقول أكثر الشافعية وأصح الوجهين عندهم[٢]، وهو المذهب عند الحنابلة في أقوى الوجهين عندهم ـ أيضاً ـ[٣].

المذهب الثاني: أن الشفيع ليس له الأخذ بها، وهو مذهب المالكية[٤] وأحد الوجهين عند الشافعية[٥] والحنابلة[٦].

---

(١) انظر: مختصر اختلاف العلماء للجصاص (٤/ ٢٥١)، المبسوط للسرخسي (١٤/ ١٤٢).
(٢) انظر: الحاوي للماوردي (٧/ ٢٩٦).
(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٥٢)، الإنصاف للمرداوي (٦/ ٣٠٩).
(٤) انظر: التاج للعبدلي (٥/ ٣٨٥)، مواهب الجليل للحطاب (٥/ ٣٨٢).
(٥) انظر: الحاوي للماوردي (٧/ ٢٩٦).
(٦) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٥٢)، الإنصاف للمرداوي (٦/ ٣٠٩).

منشأ الخلاف:

الشفيع لا يتضرر إلا بانتقال الشقص من الشريك إلى مشترٍ خارجي، فإذا أقر البائع وأنكر المشتري، فهل للشفيع حق للأخذ بالشفعة؟ أم لا؟ فمن نظر إلى إقرار البائع دون الالتفات إلى إنكار المشتري أثبت للشفيع الحق في طلبها إذ من حقه دفع الضرر إذا أخذها غيره؟ ومن نظر إلى إنكار المشتري دون إقرار البائع يرى عدم استحقاقه للشفعة لأن الشفعة فرع عن استقرار البيع بين البائع والمشتري.

الأدلة

استدل كل مذهب بأدلة تؤيد ما ذهب إليه.

أولاً: أدلة المذهب الأول:

استدل الجمهور القائلون ثبوت الشفعة للشفيع بإقرار البائع بالبيع رغم إنكار المشتري بالمعقول من وجهين:

الأول: أن البائع أقر بحقين؛ حق للمشتري، وحق للشفيع، فإذا سقط حق المشتري بإنكاره ثبت حق الشفيع، كما لو أقرَّ بدار لرجلين فأنكر أحدهما فهي للثاني[(١)].

الثاني: أن في إقرار البائع إقراراً للشفيع باستحقاقه العين بالشفعة وخصوصاً أنه يطالب بها دفعاً للضرر فلزم البائع قبول طلبه بأخذ الشفعة، كما لو أقرَّ أنها مِلك له فيؤخذ بإقراره، ويقبض الشفيع من البائع ويُسلَّم إليه الثمن وتكون العهدة على البائع؛ لأن القبض منه ولم يثبت الشراء في حق المشتري[(٢)(٣)].

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٥٢)، أحكام الشفعة للدرعان (٢٥٣).

(٢) انظر: الحاوي للماوردي (٧/ ٢٩٦)، المغني لابن قدامة (٧/ ٤٥٢)، أحكام الشفعة للدرعان (٢٥٣).

(٣) مسألة العهدة على من تكون؟ ستأتي في مسألة مقارنة مستقلة ـ إن شاء الله ـ.

ثانياً: أدلة المذهب الثاني:

استدل المالكية ومن وافقهم القائلون بعدم ثبوت الشفعة للشفيع بإقرار البائع بالبيع طالما أنكر المشتري بالمعقول من وجهين:

الأول: أن الشفعة فرع للبيع، فإذا لم يثبت البيع لإنكار المشتري فلا يثبت فرعه وهي الشفعة[(١)].

الثاني: أن الشفيع إنما يأخذ الشقص من المشتري وعليه العهدة فإذا أنكر المشتري البيع لم يمكن الأخذ منه[(٢)].

مناقشة الأدلة

مناقشة أدلة المذهب الثاني:

ناقش الجمهور أدلة المالكية ومن وافقهم القائلين بعدم ثبوت الشفعة للشفيع بإقرار البائع للبيع طالما أنكر المشتري بالمناقشتين الآتيتين:

أولاً: قولكم أن الشفعة فرع للبيع فإذا لم يثبت البيع فلا يثبت فرعه، يجاب عنه بأن البيع ثابت بإقرار البائع من جهته فلزمت الشفعة[(٣)].

ناقش المذهب الأول تعليلات المذهب الثاني على النحو التالي:

ثانياً: تعليلكم بأن الشفيع إنما يأخذ الشقص من المشتري والعهدة عليه فإذا أنكر فلا شفعة يجاب عنه بأن الشقص في الأصل ينتقل إلى الشفيع عند طلبه ودخول المشتري إنما هو طرف ثالث ولو تنازع الشفيع

(١) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٥٢).
(٢) انظر: التاج والإكليل للعبدلي (٥/ ٣٨٢)، مواهب الجليل للحطاب (٥/ ٣٨٢)، المغني (٧/ ٤٥٢).
(٣) انظر: أحكام الشفعة للدرعان (٢٥٢).

والمشتري، فإن للشفيع انتزاع الشقص بالثمن الذي اشتراه به، أما التعليل بالعهدة على المشتري فيجاب بأن العهدة تلزم من قبض الثمن وهو البائع[١].

الرأي المختار:

الذي يترجح هو القول بثبوت الشفعة للشفيع عند إقرار البائع وإنكار المشتري لعدم وجود رد للقائلين بالمنع، ولضعف ما عللوا به مذهبهم؛ ولأن مشروعية الشفعة هي دفع الضرر الحاصل من سوء المشاركة فإذا أقر الشريك بالبيع فإن إقراره دليل على الإذن على خروج المبيع من ملكه فإذا رغب الشفيع في العين لدفع ضرره فله ذلك، ولم تعد الحاجة إلى مطالبة المشتري بإثبات البيع؛ لأن مقصود البائع هو الثمن، ومقصود الشفيع العين لدفع الضرر، وقد حصل لكل منهما مقصوده[٢]. والله أعلم.

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٥٢)، أحكام الشفعة للدرعان (٢٥٢).
(٢) انظر: أحكام الشفعة للدرعان (٢٥٢) ـ بتصرف ـ.

اختلاف المشتري والشفيع في قدر الثمن

إذا اختلف المشتري والشفيع في قدر الثمن بأن قال المشتري: الثمن ألف، وقال الشفيع: بل خمسمائة. فاختلافهما هذا لا يخلو من ثلاث حالات:

الحالة الأولى: أن يكون لأحدهما بينة بما ذكر من الثمن فيحكم له بها، والبينة شاهدان، أو شاهد وامرأتان، أو شاهد ويمين[(١)].

الحالة الثانية: أن يقيم كل منهما بينة على ما ادعى وفي هذه الحالة اختلف أهل العلم على مذاهب: الأول: تسقطان ـ أي: البيتان ـ وعلى القول بالإسقاط قال بعض أهل العلم: بالإقراع بينهما فمن خرجت بينته كان هو الأولى وهذا القول بالإقراع مخرج في مذهب الشافعي ـ كما حكاه الماوردي[(٢)] ـ وحكاه ابن قدامة احتمالاً ـ للحنابلة ـ عند التنازع والتعارض، وقدمه ابن رزين ـ من الحنابلة ـ في شرحه[(٣)].

وقال بعض أهل العلم عند التساقط: يرجع إلى الأصل من أن القول قول المشتري مع يمينه، وبه قال ابن القاسم من المالكية[(٤)]، وخرَّجه الماوردي قولاً في مذهب الشافعي[(٥)]، ووجهه الحارثي ـ من

(١) انظر: الحاوي للماوردي (٧/ ٢٤٦)، المغني لابن قدامة (٧/ ٤٨٩).
(٢) انظر: الحاوي للماوردي ـ الموضع السابق ـ.
(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٢٨٩)، الإنصاف للمرداوي (٦/ ٣٠٤).
(٤) انظر: بداية المجتهد لابن رشد (٤/ ٥٦).
(٥) انظر: الحاوي للماوردي (٧/ ٢٤٧).

الحنابلة ـ قولاً عندهم[١].

المذهب الثاني: عند التعارض: أنَّ بينة الشفيع أولى للاتفاق عليها، وهو مذهب أبي حنيفة ومحمد بن الحسن[٢]، وبه قال أكثر الحنابلة[٣].

المذهب الثالث: أنَّ بينة المشتري أولى؛ لأن فيها زيادة علم، وهو قول القاضي أبي يوسف من الحنفية[٤]، وأشهب وسحنون من المالكية[٥].

• وعلى هذا يمكن تلخيص الحالة الثانية عند إقامة كل منهما بينة أن فيها ثلاثة مذاهب: **الأول**: الإسقاط ويكون بينهما القرعة على قول أو القول قول المشتري مع يمينه، **الثاني**: بينة الشفيع أولى، **الثالث**: بينة المشتري أولى.

الحالة الثالثة: أن لا يكون لأحدهما بينة وفي هذه اختلف العلماء على ستة مذاهب:

المذهب الأول: أن القول قول المشتري مع يمينه، وهو قول الجمهور من الأحناف[٦]، والشافعية[٧]، والحنابلة[٨].

المذهب الثاني: أن القول قول الشفيع، وهو يروي عن بعض التابعين[٩].

---

(١) انظر: الإنصاف للمرداوي (٦/ ٣٠٤).
(٢) انظر: الهداية شرح البداية للمرغيناني (٤/ ٣٥٦)، الاختيار للموصلي (٢/ ٤٦).
(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٨٩)، الإنصاف للمرداوي (٦/ ٣٠٤).
(٤) انظر: الهداية للمرغيناني (٤/ ٣٥٦).
(٥) انظر: بداية المجتهد لابن رشد (٤/ ٥٦)، الاستذكار لابن عبد البر (٧/ ٧٠).
(٦) انظر: الهداية للمرغيناني (٤/ ٣٥٦)، الاختيار للموصلي (٢/ ٤٦).
(٧) انظر: الحاوي للماوردي (٧/ ٢٤٦)، الإشراف لابن المنذر (٢/ ١٢).
(٨) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٨٩)، الإنصاف للمرداوي (٦/ ٣٠٣).
(٩) حكاه عنهم ابن رشد في بداية المجتهد (٤/ ٥٦)، وابن عبد البر في الاستذكار (٧/ ٧٠).

المذهب الثالث: إذا كان المشتري ذا سلطان يعلم بالعادة أنه يزيد في الثمن قُبِلَ قول المشتري بغير يمين، وهذا يُحكى عن مالك[١].

المذهب الرابع: أن القول قول المشتري إذا أتى بما يشبه مع اليمين، فإن أتى بما لا يشبه فالقول قول الشفيع، وبه قال ابن القاسم من المالكية[٢].

المذهب الخامس: القول قول المشتري إذا أتى بما يشبه بلا يمين، أما إذا أتى بما لا يشبه فالقول قوله باليمين، وبه قال أشهب من المالكية[٣].

المذهب السادس: أنهما يتحالفان جميعاً، ويأخذ الشفيع العين بالقيمة، وإن نكل أحدهما وحلف الآخر كان القول قول الحالف، ويروى هذا عن ابن يونس من المالكية[٤]، وحكاه ابن المنذر عن الشافعي وأهل الرأي بدون تحالف بينهما[٥].

منشأ الخلاف:

أن كُلّاً من المشتري والشفيع مدعٍ ومدعى عليه، فالمشتري يدعي على الشفيع ثمناً فيكون المدعى عليه الشفيع، والشفيع يدعي على المشتري ثمناً غير الذي يدعيه فيكون المشتري هنا مدعى عليه. فتحديد من هو المدعي؟ ومن هو المدعى عليه؟ حتى نطبق عليهما قاعدة البينة على المدعي واليمين على من أنكر غير ممكنة في حقهما.

الأدلة

استدل كل مذهب بأدلة يؤيد بها مذهبه على النحو التالي:

---

(١) انظر: المرجعين السابقين ـ الجزء والصفحة ـ.
(٢) انظر: المرجعين السابقين ـ الجزء والصفحة ـ.
(٣) انظر: المرجعين السابقين ـ الجزء والصفحة ـ.
(٤) انظر: التاج والإكليل للعبدلي (٥/ ٣٩١)، مواهب الجليل للحطاب (٥/ ٣٩١).
(٥) انظر: الإشراف لابن المنذر (٢/ ١٢).

أولاً: أدلة المذهب الأول:

استدل المذهب الأول القائلون: بأن القول قول المشتري مع يمينه من المعقول من وجوه:

الأول: لأن الشفيع مدعٍ والمشتري مدعى عليه، والقاعدة الفقهية: (البينة على المدعي واليمين على من أنكر ولعدم وجود بينة مع المدعي وهو الشفيع فيكون القول المدعى عليه وهو المشتري مع يمينه)(١).

الثاني: أن المشتري مباشر للعقد فكان أعلم به من غيره(٢).

الثالث: أن المشتري مالك للشقص فلا ينتزع من يده بدعوى من غير بينة(٣)، فإن حلف المشتري على ما ادعى من ثمن أخذه الشفيع به إن شاء، وإن نكل المشتري على ما ادعى من ثمن أخذه الشفيع به(٤).

ثانياً: أدلة المذهب الثاني:

استدل القائلون بأن القول قول الشفيع من المعقول من وجهين:

الأول: لأن الشفعة واجبة له، وعلى المشتري مدعياً في الثمن أو قيمته إن كان عرضاً؛ لأنه آخذٌ له(٥)، فيكون الشفيع هنا هو المدعى عليه والمدعي هو المشتري ولا بينة.

الثاني: أن الشفيع غارم ومنكر للزيادة فهو كالغاصب والمُتْلِف والضامن لنصيب شريكه إذا أعتق(٦).

---

(١) انظر: الاختيار للموصلي (٢/ ٤٦، ٤٧)، الهداية للمرغيناني (٤/ ٣٥٦)، بداية المجتهد لابن رشد (٤/ ٥٦).

(٢) انظر: الحاوي للماوردي (٧/ ٢٤٦)، المغني لابن قدامة (٧/ ٤٨٩) ـ بتصرف ـ.

(٣) انظر: المرجعين السابقين ـ الجزء والصفحة ـ بتصرف أيضاً ـ.

(٤) انظر: الحاوي للماوردي ـ الموضع السابق ـ.

(٥) انظر: الاستذكار لابن عبد البر (٧/ ٧٠).

(٦) انظر: الاستقصاء للماراني (١٥/ ٧١٣)، المغني لابن قدامة (٧/ ٤٨٩).

ثالثاً: أدلة المذهب الثالث:

استدل المذهب الثالث القائل بأنه إذا كان المشتري ذا سلطان قُبل قوله بغير يمين، من المعقول من وجه: وهو ما ذكره ابن عبد البر بقوله: لأن مثله يَرغب في الثمن عنده[١]، وذكر الحطاب تعليلاً آخر وهو: إذا أراد يرغب أحد المشترين في الدار التي تلاصق الملك إذا كان عادلاً[٢].

رابعاً: أدلة المذهب الرابع:

استدل المذهب الرابع القائل بأن القول قول المشتري إذا أتى بما يشبه مع اليمين من المعقول من وجه: أنه مُدعى عليه وإتيانه بما يشبه زيادة علم، فإن لم يأت بما لايشبه مما لا يتغابن الناس بمثله فلا يصدق ويكون القول الشفيع[٣].

خامساً: أدلة المذهب الخامس:

استدل المذهب الخامس القائل بأن القول قول المشتري إلا أنه فرق مع يمينه وبدون يمينه في إتيانه بما يشبه وبما لا يشبه من المعقول، من وجه: أن المشتري مدعى عليه أما اليمين فإذا لم يأت بما لا يشبه لأن القاعدة واليمين على من أنكر، أم إذا أتى بما يشبه فإنها تحل محل اليمين لأنها زيادة علم[٤].

سادساً: أدلة المذهب السادس:

استدل المذهب السادس القائل بأنهما ـ أي: المشتري والشفيع ـ

(١) انظر: الاستذكار (٧/ ٧٠).
(٢) انظر: مواهب الجليل (٥/ ٣٩١).
(٣) انظر: الاستذكار لابن عبد البر، مواهب الجليل للحطاب ـ الموضعين السابقين ـ.
(٤) انظر: بداية المجتهد لابن رشد (٤/ ٥٦).

يتحالفان ويأخذ الشفيع الشقص بالقيمة فإن نكل أحدهما حلف الآخر وكان القول قول الحالف من المعقول من وجه: حيث قاسوا هذا على اختلاف البائع والمشتري في قدر الثمن[١].

مناقشة المذاهب:

بعد ذكر المذاهب وتعليلات كل مذهب يمكن إرجاعها إلى ثلاثة مذاهب رئيسة: **الأول**: القول قول المشتري. **الثاني**: القول قول الشفيع. **الثالث**: يتحالفان، وقد نوقش المذهب القائل بأن القول الشفيع وأنه المدعى عليه وأنه غارم ونكر للزيادة فكان كالغاصب والمتلف والضامن لنصيب شريكه، فنوقش أنه مدعى عليه بأن لا يسلَّم ذلك؛ لأن المشتري اشترى الشقص ودفع ثمنه للبائع وهو ملك يده فمجيء الشفيع لانتزاع هذه الحصة واختلافه مع المشتري في الثمن يجعله مدعى لا مدعى عليه، أما كونه غارماً منكراً للزيادة فيناقش بأنه ليس بغارم؛ لأنه لا شيء عليه، وإنما يريد أن يملك الشقص بثمنه فهو بخلاف الغاصب والمتلف فلا يقاس عليهما[٢].

أما مناقشة من يقول أنهما يتحالفان ويأخذ الشفيع الشقص بالقيمة فإن نكل أحدهما حلف الآخر وكان الثمن ثمن الحالف قياساً على اختلاف البائع والمشتري فجوابه: إذا اختلف البائع والمشتري فكل واحد منهما مدعٍ، ومدعى عليه فيتحالفان، وليس كذلك هاهنا؛ فإن الشفيع مدعٍ للشقص، والمشتري لا يدعي عليه شيئاً؛ لأن المشتري إذا ثبت له ما قال كان الشفيع بالخيار، ولأن المتبايعين باشراً العقد بخلاف الشفيع والمشتري[٣].

---

(١) انظر: الاستقصاء للماراني (١٥/ ٧١٣).
(٢) انظر: الاستقصاء للماراني (١٥/ ٧١٣)، المغني لابن قدامة (٧/ ٤٨٩) ـ بتصرف ـ.
(٣) انظر: الاستقصاء للماراني (١٥/ ٧١٤).

الرأي المختار:

بالنظر إلى حاجة الشفيع إلى الشقص الذي بضمه يرفع الضرر عن ملكه وكونه الآن في يد المشتري والخلاف بينهما في قدر الثمن فإن المختار هو مذهب القائلين بأن القول قول المشتري وهم الجمهور لقوة أدلتهم وسلامتها من النقد بالإضافة إلى تعضيدها بالقاعدة الفقهية = البينة على المدعي واليمين على من أنكر، فالشفيع يدعي قلة الثمن والمشتري ينكر ولا بينة لأحدهما فيكون القول المشتري مع يمينه. والله أعلم.

عهدة الشقص المشفوع فيه

إذا أقرَّ البائع بالبيع وانتقل الشقص إلى المشتري وطلب الشفيع الشفعة، وكان عليها عهدة فإلى من يرجع؟ هل إلى البائع الأصلي؟ أم إلى المشتري الذي قبضها منه؟

اختلف العلماء على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: أن العهدة على المشتري مطلقاً سواءً أخذ الشقص من البائع أو من المشتري يروى هذا عن الثوري، والليث[(١)] وبه قال مالك[(٢)]، والشافعي[(٣)]، وأحمد[(٤)]، ورواية عن أبي سفيان من الحنفية[(٥)].

المذهب الثاني: أن العهدة على البائع مطلقاً، يروى هذا عن ابن أبي ليلى، وعثمان البتي[(٦)].

المذهب الثالث: أن العهدة على من أخذها منه، فإن أخذها من البائع فعهدته عليه، وإن أخذها من المشتري فعهدته عليه، وبه قال الأحناف، والحسن بن حي، ورواية عن مالك، ذكرها ابن عبد الحكم عنه[(٧)].

---

(١) انظر: مختصر اختلاف العلماء للجصاص (ص٤/ ٢٤٢).
(٢) انظر: بداية المجتهد لابن رشد (٤/ ٥٥).
(٣) انظر: الإشراف لابن المنذر (٢/ ١١)، الحاوي للماوردي (٧/ ٢٨٣).
(٤) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٥٠٨)، الإنصاف للمرداوي (٦/ ٣١١).
(٥) انظر: المبسوط للسرخسي (١٤/ ١٠١).
(٦) انظر: مختصر اختلاف العلماء؛ الحاوي، المغني، المواضع السابقة.
(٧) انظر: مختصر اختلاف العلماء للجصاص (١٤/ ١٠١).

منشأ الخلاف:

اختلافهم في الأصل الذي يُرجع إليه؟ هل هو البائع المالك الأصلي للعين؟ أم المشتري الذي بيده العين؟ فمن قال إن الأصل هو البائع قال بالرجوع إليه، ومن قال إن المشتري هو المالك بالبيع والحيازة فهو الأصل ويرجع إليه.

الأدلة

استدل كل مذهب بأدلة تؤيد مذهبه على النحو التالي:

أولاً: أدلة المذهب الأول:

استدل المذهب الأول القائلون بأن العهدة على المشتري مطلقاً من المعقول من وجهين:

الأول: أن الشفيع يملك الشقص من المشتري بدليل أنه لو تركه لكان مقرًّا على ملك المشتري، ولو حدث نماءٌ لكان للمشتري فوجب أن تكون العهدة عليه كما كانت على البائع للمشتري.

الثاني: أنه ملكه من المشتري بالثمن فملك رده عليه بالعيب كما استحق المشتري الرد بالعيب على البائع(١).

ثانياً: أدلة المذهب الثاني:

استدل المذهب الثاني القائلون بأنها على البائع مطلقاً من المعقول بثلاثة وجوه هي:

الأول: أن البائع أصل والمشتري فرع فكان الرجوع إلى البائع أولى من المشتري؛ لأنه لا اعتبار بالفرع مع وجود الأصل(٢).

---

(١) انظر: الحاوي للماوردي (٧/ ٢٨٣)، المغني لابن قدامة (٧/ ٥٠٨) ـ بتصرف ـ.

(٢) انظر: المرجعين السابقين ـ الجزء والصفحة ـ.

الثاني: أن المشتري يحل محل الوكيل للشفيع لدخوله على علم بانتقال الشراء على الشفيع، ثم ثبت في شراء الوكيل أن العهدة على البائع دون الوكيل، كذلك استحقاق الشفيع(١).

الثالث: أن حق الشفعة يثبت للشفيع بإيجاب البائع فيكون رجوع الشفيع على البائع لا على المشتري(٢).

واستدل المذهب الثالث القائلون بأن العهدة على المقبوض منه إن قبضا من البائع فهي عليه وإن قبضها من المشتري فهي عليه، بالمعقول من وجهين:

الأول: أن الشفيع إذا أخذها من البائع تعذر قبض المشتري فينفسخ - عندئذٍ - البيع بين البائع والمشتري فكأن الشفيع آخذاً من البائع مباشرة مالكاً لها من جهته فتكون العهدة عليه، أما إذا أخذها من المشتري بعد القبض، فالعهدة على المشتري لأنه تم ملكه بالقبض(٣).

الثاني: أن حق الشفيع في الشقص يثبت بالبيع قبل تملك المشتري له بدليل أن الشفعة لا تسقط بإقرار البائع بالبيع وإنكار المشتري(٤).

مناقشة الأدلة:

نوقش المذهب الثاني القائلون: بأن العهدة على البائع مطلقاً أن قولكم أن البائع أصل والمشتري فرع منتقض بأن البائع أصل للمشتري والمشتري أصل للشفيع كما لو باع المشتري على الشفيع.

---

(١) انظر: الحاوي للماوردي (٧/ ٢٨٣).
(٢) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٥٠٨)، أحكام الشفعة للدرعان (٢٣٧).
(٣) انظر: الاختيار للموصلي (٢/ ٤٦)، الحاوي للماوردي (٧/ ٢٨٣)، المغني لابن قدامة (٧/ ٥٠٨).
(٤) انظر: المبسوط للسرخسي (١٤/ ١٠١)، أحكام الشفعة للدرعان (٢٣٩).

أما الجواب عن الاستدلال بالوكيل فهو امتناع الجمع بينهما من وجهين:

أحدهما: أن الشفيع لما كان مخيراً بين أخذه وتركه صار مالكاً عن المشتري لا عن البائع، ولما لم يكن للموكل خيار في أخذه من الوكيل وتركه صار مالكاً عن البائع دون الوكيل.

الثاني: أنه لما استحق الشفيع الرد بالعيب على المشتري دون البائع صار مالكاً عنه لا عن البائع، ولما استحق الموكل الرد بالعيب على البائع دون الوكيل صار مالكاً عنه لا عن الوكيل[١].

أما قولكم أن الشفعة ثبتت للشفيع بإيجاب البائع فيكون الرجوع عليه فيجاب عنه بأن القبول ـ أيضاً ـ تم من المشتري لا من الشفيع فهو بذلك مستقر في ملك المشتري، والشفيع إنما يأخذه من ملك المشتري لا من ملك البائع[٢].

أما المذهب الثالث القائل بأن عهدة الشفيع على من قبضها منه فقد نوقش بما يلي: استدلالهم أن الشفيع إذا أخذها من البائع تعذر قبض المشتري فينفسخ البيع بين البائع والمشتري فكأن الشفيع قبضها من البائع مباشرة فتكون العهدة عليه، وقد أُجيب عليه من وجهين:

الأول: إن الشفيع يملك حق الشفعة بسبب وجود العقد فإذا ارتفع العقد بالفسخ بطلت الشفعة.

الثاني: إذا قبض المشتري المبيع وأخذه الشفيع فإن أخذه يزيل ملك المشتري بعد القبض ولا يعد ذلك رافعاً للعقد بدلالة أنه لو لم يأخذه الشفيع لثبت الشقص للمشتري[٣].

---

(١) انظر: الحاوي للماوردي (٧/ ٢٨٣، ٢٨٤).
(٢) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٥٠٨)، أحكام الشفعة للدرعان (٢٣٧).
(٣) انظر: الحاوي للماوردي (٧/ ٢٨٤)، المغني لابن قدامة (٧/ ٥٠٨)، أحكام الشفعة للدرعان (٢٤٢) ـ بتصرف ـ.

الرأي المختار:

بالنظر إلى سبب استحقاق الشفعة نجد أنه مرتب على وجود البيع إذا لو لم يتم البيع لما استحقت الشفعة، ولا حق للشفيع بالمطالبة بها لعدم وجود الموجب فكيف يقال أن الأخذ بها يفسخ البيع ويرفع العقد ولم توجد الشفعة إلا بسببه، والشفعة في حقيقتها بيع وشراء بطريق الإلزام بين المشتري والشفيع فكيف تكون على البائع مع وجود المشتري؟ وبالنظر إلى قوة تعليل القائلين بالرجوع بالعهدة على المشتري مطلقاً وسلامتها من الاعتراض والنقد فالرأي المختار هو ـ والله أعلم ـ هذا الرأي الأخير القائل بأن العهدة للشفيع على المشتري[1].

(١) انظر: أحكام الشفعة للدرعان (٢٤٢) ـ بتصرف ـ.

الشفعة للوارث

تحرير محل النزاع:

إذا مات الشفيع بعد القضاء له بالشفعة وقبل نقد الثمن فلا خلاف بين أهل العلم في أن للورثة حق المطالبة بالشفعة[١]، إنما الخلاف فيما إذا مات الشفيع قبل القضاء بالشفعة على ثلاثة مذاهب لأهل العلم:

المذهب الأول: أن حق الشفعة للورثة ثابت ولا يسقط، وبه قال المالكية[٢]، والشافعية[٣]، وأهل الحجاز[٤]، وهو قول عند الحنابلة[٥].

المذهب الثاني: أن الشفيع إذا مات قبل الأخذ بها لم يخل من حالين: **الأول**: أن يموت قبل الطلب بها فتسقط ولا تنتقل إلى الورثة، الثاني: أن يموت بعد طلبه للشفعة ـ عندئذٍ ـ ينتقل حق الشفعة إلى الورثة. وهذا مذهب الحنابلة على الصحيح من مذهبهم[٦]، وبه قال الظاهرية[٧].

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٥١٠)، الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي (٥/ ٨٤٦).
(٢) انظر: بداية المجتهد لابن رشد (٤/ ٥٥)، الاستذكار لابن عبد البر (٧/ ٧٤).
(٣) انظر: الإشراف لابن المنذر (٢/ ٩)، الحاوي للماوردي (٧/ ٢٥٧).
(٤) حكاه عنهم ابن رشد في بداية المجتهد (٤/ ٥٥)، وابن عبد البر في الاستذكار (٧/ ٧٤).
(٥) وهو تخريج لأبي الخطاب من الحنابلة.
انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٥١٠)، الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٩٨).
(٦) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٥١٠)، الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٩٧).
(٧) انظر: المحلى لابن حزم (٨/ ٢٤).

المذهب الثالث: أن حق الورثة يسقط في المطالبة بالشفعة بعد الموت، ويروى هذا عن الحسن وابن سيرين، والشعبي، والنخعي، وبه قال الثوري، وإسحاق[١]، والأحناف[٢].

منشأ الخلاف:

الاختلاف في الحقوق هل تورث عن الميت كالأموال؟ أم لا؟ فمن يرى عدم ميراثها إلا ما قام الدليل على إلحاقه بالأموال يرى هنا عدم ميراث حق الشفعة، ومن يرى ميراث الحقوق قياساً على الأموال إلا ما قام الدليل على عدم إلحاقه بالأموال يرى حق ميراث الشفعة كسائر الحقوق[٣].

الأدلة

استدل كل مذهب بأدلة تؤيد مذهبه، على النحو التالي:

أولاً: أدلة المذهب الأول:

استدل القائلون بأن الشفعة تورث مطلقاً بالمنقول من الكتاب والمعقول:

أما الكتاب فبقول الله ﷻ: ﴿ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۚ﴾ [النساء: ١١].

وجه الدلالة: أن الآية على عمومها في كل موروث[٤].

---

(١) انظر: الإشراف لابن المنذر (٢/ ٩)، المغني لابن قدامة ـ المواضع السابقة ـ.

(٢) انظر: التجريد لأبي الحسين أحمد القدوري (٧/ ٣٤٦١)، مختصر اختلاف العلماء للجصاص (٤/ ٢٤٨).

(٣) انظر: الاستذكار لابن عبد البر (٧/ ٨٥)، المغني لابن قدامة (٧/ ٥١٠) ـ بتصرف ـ، أحكام الشفعة للدرعان (١٣٠).

(٤) انظر: الحاوي للماوردي (٧/ ٢٥٧).

أما المعقول فمن وجوه:

الأول: أنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فيورث كخيار الرد بالعيب[١].

الثاني: أن الشفعة من حقوق الملك فوجب أن تكون موروثة مع الملك كطرق الأملاك ووافقها والرهن في الديون وضمانها[٢].

الثالث: أن الشفعة حق يثبت قبضه بعقد البيع فينتقل استحقاق قبضه إلى الورثة كقبض المبيع إذا مات المشتري[٣].

الرابع: أن الشفعة شرعت لإزالة الضرر كالقصاص، وقد ثبت أن القصاص يورث فكذلك الشفعة[٤].

ثانياً: أدلة المذهب الثاني:

استدل القائلون بالتفصيل على عدم ميراث الشفعة إذا مات المورث قبل الطلب بالآتي:

١ ـ ما روي عن الشعبي قال: «سمعنا أن الشفعة لا تباع ولا توهب ولا تورث ولا تعار، هي لصاحبها الذي وقعت له»[٥].

وجه الدلالة من الأثر: أنه جعل الشفعة حق للشفيع إذا مات قبل الطلب ثم تورث بعد موته.

٢ ـ أن الشفعة حق للشفيع فلا يثبت بدون مطالبته[٦].

٣ ـ أنه حق فُسح بالموت لفوات جزء فلم يورث كالرجوع في الهبة[٧].

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٥١٠).
(٢) انظر: الحاوي للماوردي (٧/ ٢٥٧).
(٣) انظر معناه في: الحاوي ـ الموضع السابق ـ.
(٤) انظر: التجريد للقدوري (٧/ ٣٤٦٤).
(٥) انظر: المحلى لابن حزم (٨/ ٢٤).
(٦) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٥١٠)، الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٩٧).
(٧) انظر: المغني ـ الموضع السابق ـ.

٤ ـ أن المطالبة بالشفعة إنما تكون على الفور، وموت الشفيع قبل المطالبة بها احتمالٌ بتركها والإعراض عن الأخذ بها، وما كان ثبوته موضع شك فلا ينتقل إلى الورثة[١].

هذه الأدلة والتعليلات الأربعة بالإضافة إلى أدلة القائلين بعدم ميراثها حيث حملوها على كون الشفيع قد مات قبل الطلب.

أما أدلتهم على ثبوتها للورثة فذلك إذا طلب الشفيع بالشفعة ثم مات؛ لأن الحق يتقرر بالطلب بالإضافة إلى أدلة القائلين بثبوت الشفعة للورثة بعد الموت وحملوها على كون الشفيع طالب بها ثم مات.

ثالثاً: أدلة المذهب الثالث:

استدل القائلون بسقوط حق الشفعة للورثة بالمعقول من وجوه:

الأول: أنه خيار الاستحقاق بالثمن، فوجب أن لا يورث كخيار القبول في البيع والقول به[٢].

الثاني: لأن الشفيع يستحق بشفعة دفع الضرر عن ماله كالزوج الذي يستحق باللعان دفع الضرر الداخل عليه في نسبه، وثبت أن اللعان يبطل بالموت ولا يصير موروثاً، فكذلك الشفعة تبطل بالموت قياساً عليه[٣].

الثالث: أن الأخذ بالشفعة متى ثبت للشفيع يتوقف على مشيئة الشفيع ورأيه في ذلك، فإذا مات الشفيع فإن الشفعة تسقط لأن الرأي والمشيئة لا تبقى بعد موت الشفيع فلا تورث عنه[٤].

الرابع: أن السبب الذي يأخذ به الشفيع هو تملكه للعين المشفوع

(١) انظر: المبدع لابن مفلح (٥/ ٢٢٢).
(٢) انظر: التجريد للقدوري (٧/ ٣٤٦١).
(٣) انظر: الحاوي للماوردي (٧/ ٢٥٧).
(٤) انظر: المبسوط للسرخسي (١٤/ ١١٦).

فيها، فإذا مات زال تملكه لها فتسقط شفعته بزوال تملكه، فلا يحق للوارث الأخذ بالشفعة لا بشفعة الميت لزوال سببها ولا شفعة الوارث لعدم وجود تملكه للعين المشفوع فيها وقت البيع[١].

الخامس: ملك الورثة طارئ مستحدث بعد وجوب الشفعة، وحدوث الملك بعدها يمنع من إيجابها كمن استوهب ملكاً بعد وجوب الشفعة لم يستحق به الشفعة[٢].

السادس: أن ما ورث بالأسباب والأنساب انتقل إرثه عند عدمهم إلى بيت المال فلم يَجُزْ للإمام أن يأخذ بالشفعة لبيت المال دل على أن الشفعة غير موروثة ميراث الأموال[٣].

مناقشة الأدلة

أولاً: مناقشة أدلة المذهب الأول:

نوقشت أدلة القائلين بأن الشفعة تورث مطلقاً بالمناقشات الآتية:

أولاً: الجواب عن استدلالهم بالآية فعلى عمومه في كل ما يورثه المورث فيما يتعلق بالأموال لا بالحقوق إلا ما قام عليه الدليل على إلحاقه بالأموال[٤].

ثانياً: استدلالهم أنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فيورث كخيار العيب فالجواب عنه أن الخيار ليس ثابتاً، ولأن خيار العيب يثبت للمشتري وبعد موته يسبق فيه الوارث، ألا ترى أنه إذا تعذر الرد أخذ الأرش وقضيت منه ديونه ونفذت وصاياه فلذلك لم يؤثر الموت فيه، أمَّا

---

(١) انظر: التجريد للقدوري (٧/ ٣٤٦٢)، المبسوط للسرخسي (١٤/ ١١٦).

(٢) انظر: التجريد للقدوري ـ الموضع السابق ـ بتصرف، الحاوي للماوردي (٧/ ٢٥٧).

(٣) انظر: الحاوي ـ الموضع السابق ـ.

(٤) انظر: الاختيار للموصلي (٥/ ٨٥)، بداية المجتهد لابن رشد (٣/ ٢٧٤)، أحكام الشفعة للدرعان (١٣٠).

خيار الشفعة لا يسبق فيه الوارث للميت بدلالة أنه لا يقضي بالشقص ديونه ولا يُنفذ وصاياه، فعلم أن الوارث يأخذ لنفسه، ولم يثبت له هذا الحق بالعقد فلا يثبت بعده، ولأن خيار العيب فيه معنى المال بدلالة أنه يسقط حكماً ولا يجب المال عند سقوطه فلم يورث كالوكالة والمضاربة[١].

ثالثاً: استدلالهم أن من ورث مالاً ورثه بحقوقه، فالجواب عنه أنا لا نسلم أن الشفعة من حقوق الشقص، وإنما هو يثبت للمالك بسبب الملك كما ثبت له جواز التصرف فيه، وإذا سلَّمنا أن المال إذا كان موروثاً يورث بحقوقه فهي الحقوق التي فيها معنى المال، وحق الشفعة ليس فيه معنى المال، وإنما هو سبب التملك بعوض كالقبول في الشراء والإقالة[٢].

رابعاً: استدلالهم أن الشفعة حق يثبت قبضه بعقد البيع فينتقل استحقاق قبضه إلى الورثة كقبض المبيع إذا مات المشتري، الجواب عنه: أننا لا نسلم بذلك لأنه ليس كل حق حال الحياة يملكه بعد الموت وينتقل إلى الورثة كبضع المرأة لم يبق على ملكه ولا ينتقل إلى الورثة وحق الرجوع في الهبة كذلك وفي نسب ولده كان حقاً إلى حين الموت ولم يبق على ملكه، ولا انتقل إلى الورثة[٣].

خامساً: استدلالهم بأن الشفعة حق موروث مثل القصاص، فالجواب: أن القصاص فيه معنى المال بدلالة أنه إذا سقط بشبهةٍ وجب المال وحق الشفعة بخلاف ذلك[٤].

---

(١) انظر: التجريد للقدوري (٧/ ٣٤٦٣).
(٢) انظر: المرجع السابق ـ الجزء والصفحة ـ بتصرف ـ.
(٣) انظر: التجريد للقدوري (٧/ ٣٤٦٣) ـ بتصرف ـ.
(٤) انظر: التجريد للقدوري (٧/ ٣٤٦٤).

ثانياً: مناقشة أدلة المذهب الثالث:

نوقشت أدلة القائلين بأن الشفعة لا تورث مطلقاً بالمناقشات الآتية:

أولاً: الجواب عن قياسهم على خيار القبول أنه منتقض بخيار الرد بالعيب ثم أن خيار القبول يجوز أن يورث لولا أنه مستحق على الفور فكان بطلان ميراثه لتراخي زمانه لاستحالة ارثه، ثم المعنى في خيار القبول: أنه لما لم يجز أن يستنيب المبدول له من يقبل عنه لم ينتقل إلى الورثة ولما جاز أن يستنيب الشفيع من يطالب عنه انتقل إلى الورثة[(١)].

ثانياً: الجواب عن قياسهم على اللعان ـ أنه قياس مع الفارق ـ لأن النيابة في اللعان لا تصح، وليس المنع من أخذ العوض عن الشفعة بمانع من أن يورث كالرد بالعيب لا يجوز أخذ العوض عنه ويجوز أن يورث[(٢)].

ثالثاً: الجواب عن استدلالهم بالإرادة والمشيئة فإنهما تعلقا بمن ثبت في عقار بعينه فإذا مات الشفيع حق لوارثه الحلول محله في كل شيء، ثم أن حق الشفعة سبب لكسب المال وما كان سبباً لكسب المال فهو حق مالي يورث عن مستحقه إذا مات قبل استيفائه[(٣)].

رابعاً: الجواب عن استدلالهم بأن الموت يزيل تملكه فلا يورث. أن الحق إذا ثبت لا يزول بموت مستحقه، والشفعة ثابتة للشفيع قبل موته لدفع الضرر عن المال بسبب سوء المشاركة، وهذا باقي لا ينتفي إلا بإعراض المالك عن الأخذ أو تنازله ولم يوجد شيء من ذلك[(٤)].

---

(١) انظر: الحاوي للماوردي (٧/ ٢٥٨).
(٢) انظر: المرجع السابق ـ الجزء والصفحة ـ.
(٣) انظر: أحكام الشفعة للدرعان (١٢٧).
(٤) انظر: أحكام الشفعة للدرعان (١٢٨).

خامساً: الجواب عن استدلالهم بأن ملك الورثة طارئ مستحدث فهو أن الورثة لا يملكونها بالطارئ من ملكهم وإنما ينتقل إليهم ميراثاً عن ميتهم، فقاموا مقامه كمن أوصى له بابنه المملوك فمات قبل قبوله، وترك ابناً آخر فقَبِلَ بعد موت أبيه الوصية بأخيه عُتِقَ عليه وإن كان الأخ لا يعتق أخيه؛ لأنه قبله نيابةً عن أبيه(١).

سادساً: الجواب عن استدلالهم بأن ما كان موروثاً صار لبيت المال عند عدم الورثة، قال الماوردي: لأصحابنا فيه وجهان:

أحدهما: أنه موروث لبيت المال ويستحق الإمام أخذه بالشفعة لكافة المسلمين إذا رأى ذلك صلاحاً.

الوجه الثاني: لا شفعة فيه وقد بطلت؛ لأن الشفعة تجب لدفع الضرر فبطلت الشفعة، وليس كذلك الوارث؛ لأنه يختص بالتصرف فلحقه الضرر فاستحق الشفعة(٢).

الرأي المختار:

بالنظر إلى مشروعية حق الشفعة نجد أنها شرعت لدفع الضرر عن الشفيع إذا مات قام الوارث مقامه في ماله؛ لأنه محتاج هو ـ أيضاً ـ إلى دفع الضرر، وإذا كان العلماء متفقون على ميراث خيار الرد بالعيب؛ لأنه أحدث نقصاً في المبيع فإن الضرر الداخل على الشريط بسبب المشتري الجديد نوع من العيب الذي تنقص به قيمة العين(٣)، فلذا أرى ترجيح مذهب القائلين بأنها تورث إن كانت بعد الطلب ولا تورث إذا كانت قبل الطلب وذلك لأنه فيه تفصيل وتوسط بين من يثبتها مطلقاً وبين من يلغيها

---

(١) انظر: الحاوي للماوردي (٧/ ٢٥٨).
(٢) انظر: الحاوي للماوردي (٧/ ٤٥٨).
(٣) أحكام الشفعة للدرعان (١٣٠).

مطلقاً، ولأن استدلال كل فريق وجه بانتقاد من المذهب الآخر فتساقطت ولم يوجه للقائلين بالتفصيل؛ أي: نقد؛ لأنه حقيقة المذهب إنما هي توسط بين المذهبين وجامع لاستدلالاتهما ـ والله أعلم ـ.

فهرس الموضوعات

الموضوع | الصفحة

الموضوع | الصفحة

الموضوع الصفحة

الموضوع | الصفحة